

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO  
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
MESTRADO EM DIREITO

MARIA DO PERPETUO SOCORRO WANDERLEY DE CASTRO

TERCEIRIZAÇÃO: UMA EXPRESSÃO DO DIREITO FLEXÍVEL DO TRABALHO NA  
SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

Recife

2012

MARIA DO PERPETUO SOCORRO WANDERLEY DE CASTRO

TERCEIRIZAÇÃO: UMA EXPRESSÃO DO DIREITO FLEXÍVEL DO TRABALHO NA  
SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito,  
no curso de Mestrado da Universidade Católica de Pernambuco.

**Professor Orientador:**

**dr. FABIO TULIO BARROSO**

Recife

2012

C355t

Castro, Maria do Perpetuo Socorro Wanderley de

Terceirização : uma expressão do direito flexível do trabalho  
na sociedade contemporânea / Maria do Perpetuo Socorro Wanderley  
de Castro ; orientador Fábio Tullio Barroso, 2012.  
175 f.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica de Pernambuco.  
Pró-reitoria de Pesquisa e Pós-graduação. Curso de Mestrado em Direito,  
2012.

1. Direito do trabalho. 2. Terceirização. 3. Direitos fundamentais.  
4. Direitos sociais. 5. Poder judiciário e questões políticas. I. Título.

CDU 34:331

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO  
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
MESTRADO EM DIREITO

MARIA DO PERPETUO SOCORRO WANDERLEY DE CASTRO

TERCEIRIZAÇÃO: UMA EXPRESSÃO DO DIREITO FLEXÍVEL DO TRABALHO NA  
SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

FICHA DE AVALIAÇÃO

---

Orientador: Prof. Dr. Fábio Tulio Barroso

---

Examinador Interno: Prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira

---

Examinador Interno: Prof. Dr. José Soares Filho

---

Examinador Externo: Prof. Dr. Bento Herculano Duarte Neto - UFRN

Recife

2012

**UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO**  
**PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO**

**TERCEIRIZAÇÃO: UMA EXPRESSÃO DO DIREITO FLEXÍVEL DO TRABALHO NA  
SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA**

**MARIA DO PERPETUO SOCORRO WANDERLEY DE CASTTO**

Dissertação defendida e aprovada no dia de fevereiro de 2012 como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito pela Banca Examinadora composta pelos seguintes professores:

---

Doutor Fábio Tullio Barroso - Orientador

---

Doutor Sérgio Torres Teixeira  
Examinador Interno – Universidade Católica de Pernambuco

---

Doutor José Soares Filho  
Examinador Interno – Universidade Católica de Pernambuco

---

Doutor Bento Herculano Duarte Neto  
Examinador Externo – Universidade Federal do Rio Grande do Norte

## Agradecimentos

*A Deus que me permitiu a realização de um sonho da juventude*

*Ao Professor Doutor Fabio Tulio Barroso, pela orientação firme, precisa e clara, em quem a juventude já talhou um mestre.*

*Aos que dialogaram comigo sobre o tema e sobre a experiência acadêmica: conversas iniciais que, ao longo dos anos e das diferentes vozes, tiveram seu prosseguimento para mostrar a estrada que se abre para além das perdas e das dúvidas.*

*Aos amigos que partilham comigo o cotidiano judiciário e aos colegas de Mestrado, pelo estímulo encontrado em suas palavras.*

*Ao Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região e à Universidade Federal do Rio Grande do Norte, pelo tempo que me foi disponibilizado para o estudo de que resultou este trabalho.*

## Dedicatória

*□ minha família:*

*meus pais, que me ensinaram o gosto pelos estudos e o enfrentamento das dificuldades □*

*meu marido e filhos, por seu afeto e apoio diário.*

## RESUMO

O trabalho subordinado surgiu do modo de produção capitalista, na primeira Revolução Industrial. A contratação feita, inicialmente, sob o dogma da autonomia da vontade dos contratantes, resultava em prejuízo do trabalhador. Isto gerou a luta de classes, surgindo os sindicatos como contrapoderes ao poder econômico das empresas. A penúria dos trabalhadores e o risco social daí decorrente levaram o Estado a estabelecer normas de proteção social e de regulação das relações de trabalho. Assim, formou-se o Direito do Trabalho. Os direitos sociais foram constitucionalizados, no Brasil, com a Constituição de 1934 e alcançaram maior densidade na Constituição de 1988 que afirma a dignidade da pessoa humana como valor e princípio fundamental da República, conjugado ao valor social do trabalho. Reconheceu-se o direito à inserção social e econômica dos trabalhadores no sistema capitalista e a vedação de procedimentos aviltantes ou destruidores das garantias e proteção social. Esta é a linha principiológica do Direito do Trabalho e que permeia a formação de seus institutos, obstando que eles sejam negados pela política de acumulação flexível do capital e de surgimento de novas formas de trabalho e modalidades contratuais. Aos princípios da proteção do trabalhador, irrenunciabilidade, continuidade do contrato e valorização dos fatos na relação laboral, pelos quais se promove a igualdade jurídica entre o trabalhador e a empresa, somou-se, nesse contexto, o princípio geral do não retrocesso social em sua aplicação específica nas relações de trabalho. As relações de produção, na sociedade pós-moderna, focada na globalização e no neoliberalismo, tiveram modificações com as ideias de flexibilização das normas regulamentadoras ou desregulamentação do trabalho, na configuração do Direito do Trabalho Flexível. A formulação de seus conceitos levou aos modelos atípicos de contrato de trabalho e às novas formas de prestação de serviços, destacando-se a terceirização, que é promovida no âmbito do serviço público e na atividade privada. Assim, houve a expansão das relações terceirizadas, mas elas não foram regulamentadas, no Brasil, sendo praticadas sob uma fórmula que reuniu um contrato civil e um contrato de trabalho para o ressurgimento da contratação com feição civilista e do marchandage. Com a anomia da terceirização, a realidade cobrou um tratamento jurídico dessa forma organizacional, tendo o Tribunal Superior do Trabalho, mediante a súmula nº 331, disposto sobre alguns aspectos do fenômeno e iniciado sua juridificação. De outro lado, como a desorganização das categorias profissionais e a dessindicalização acarretaram o aviltamento dos direitos trabalhistas e a dispersão e fragmentação das categorias, os sindicatos buscaram o protagonismo da regulação da terceirização, por meio das normas autônomas coletivas. A juridificação e a regulação autônoma, todavia, disciplinam parcialmente o fenômeno, que reclama a atividade legiferante do Estado. Como Estado Democrático de Direito, o Estado brasileiro, no cumprimento de sua função, tem a incumbência de estabelecer uma relação de equilíbrio entre os atores sociais, mediante a regulamentação da terceirização com aplicação dos direitos fundamentais segundo o seu sentido e núcleo: a pessoa humana e seu lugar no mundo do trabalho.

Palavras-chave: terceirização; direitos fundamentais; direitos sociais; vinculação dos particulares; ativismo judicial.

## RESUME

C'est durant la première Révolution Industrielle que le travail subordonné a émergé du mode de production capitaliste. La signature du contrat, établie au départ selon le dogme de la libre décision de l'entrepreneur, a abouti à la spoliation du travailleur. Ceci engendra la lutte des classes, les syndicats faisant alors figure de contre-pouvoir face à la puissance économique des entreprises. La pénurie de travailleurs et le risque social qu'elle engendrait ont conduit l'Etat à établir des normes de protection sociale et de régulation des conditions de travail : c'est ainsi que naquit le Droit du Travail. Les droits sociaux furent constitutionnalisés, au Brésil, dans la Constitution de 1934 et se sont vus renforcés dans la Constitution de 1988 à travers l'affirmation de la dignité de la personne humaine comme valeur et principe fondamental de la République, conjuguée à la valeur sociale du travail. On reconnut ainsi le droit à l'insertion sociale et économique des travailleurs dans le système capitaliste et l'abolition des pratiques avilissantes ou destructrices des garanties et de la protection sociale. C'est le fil directeur du Droit du Travail, qui sert d'étalon à la formation de ses institutions et garantit que celles-ci ne seront pas contournées par la politique d'accumulation flexible du capital et par l'apparition de nouvelles formes de travail ou de modalités de contrat. Aux principes de protection du travailleur – irrévocabilité, continuité du contrat et valorisation des actes dans la relation de travail, par lesquels on promeut l'égalité juridique entre le travailleur et l'entreprise – s'ajoute le principe général de non-rétrocession sociale, dans son application spécifique aux relations de travail. Les relations de production, dans une société post-moderne marquée par la mondialisation et le néolibéralisme, se sont vues modifiées par les notions de flexibilisation des normes réglementaires ou de dérèglementation du travail, dans la configuration du Droit du Travail Flexible. La formulation de tels concepts a conduit aux modèles atypiques de contrats de travail et aux nouvelles formes de prestation de services, notamment la sous-traitance, exercée dans le service public comme dans le secteur privé. Il y eut une expansion de l'externalisation, mais celle-ci n'a pas fait l'objet d'une réglementation au Brésil et fut pratiquée selon une formule combinant un contrat civil et un contrat de travail. La procédure par contrat a fait son retour avec la fonction civile et le marchandage est revenu. Avec l'anomie de la sous-traitance, la réalité exigeait un traitement juridique de cette forme d'organisation, avec le Tribunal Supérieur du Travail qui, à travers la résolution n°331, s'est enquis de certains aspects du phénomène et a commencé sa juridicisation. D'autre part, comme la désorganisation des catégories professionnelles et la dé-syndicalisation ont conduit au contrat de travail et à la capacité à s'organiser des sous-traitants ainsi qu'à la dégradation des droits du travail et à la dispersion et la fragmentation des catégories, les syndicats ont cherché qui était compétent en matière de régulation de la sous-traitance, par le biais des normes autonomes collectives. La juridicisation et la régulation autonome, toutefois, ont partiellement régulé le phénomène, qui requiert la légifération de l'Etat. En tant qu'Etat Démocratique de Droit, il incombe à l'Etat brésilien, dans l'exercice de sa fonction, d'établir une relation d'équilibre entre les acteurs sociaux, à travers la réglementation de la sous-traitance, en application des droits fondamentaux fidèlement à leur sens et à leur raison d'être : la personne humaine et sa place dans le monde du travail.

Mots-clefs : sous-traitance, droits fondamentaux, droits sociaux, relations entre individus, activisme judiciaire.



**“O movimento dos Macacões Brancos surgiu inicialmente em Roma no meado da década de 1990, quando os partidos e organizações tradicionais da esquerda italiana começavam a ser cada vez mais marginalizados. Desde o início, os Macacões Brancos eximiam-se de qualquer filiação a quaisquer outros grupos ou partidos políticos. Diziam ser os trabalhadores ‘invisíveis’, pois não tinham contratos fixos, segurança ou qualquer base de identificação. A brancura de seus macacões representava essa invisibilidade. ...Nas ruas, ele denunciavam as condições miseráveis dos novos trabalhadores precários, protestavam contra sua pobreza e exigiam uma ‘renda mínima’ para todos. Suas manifestações pareciam surgir do ar, como a súbita aparição de Ariel, em A Tempestade. Eles eram transparentes, invisíveis.”**

**HARDT, Michael; NEGRI, Antônio. MULTIDÃO. p.335**

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ARR	Agravo de Instrumento em Recurso de Revista e Recurso de Revista
CCT	Convenção Coletiva de Trabalho
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CPC	Código de Processo Civil
CR/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
DIEESE	Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos
ECAD	Escritório Central de Arrecadação e Distribuição
ed.	Edição
FGTS	Fundo de Garantia do Tempo de Serviço
OIT	Organização Internacional do Trabalho
p.	Página
PIDESC	Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais
RE	Recurso Extraordinário
RO	Recurso Ordinário
RR	Recurso de Revista
SDI	Seção Especializada em Dissídios Individuais
s.d.	sem data
<i>state action</i>	doutrina norte-americana da teoria da ação estatal
STF	Supremo Tribunal Federal
TST	Tribunal Superior do Trabalho
UBC	União Brasileira de Compositores

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
CAPÍTULO I - Perfil cronológico e material do trabalho subordinado .....	4
1.1.1 O trabalho em suas vicissitudes .....	4
1.1.2 Trabalho e Revolução Industrial .....	7
1.2. As mudanças e alterações na conjuntura econômica, política, produtiva e jurídica da sociedade industrial.....	12
1.3 O papel do Estado na regulação das relações de trabalho .....	17
CAPÍTULO II - A constitucionalização dos direitos sociais .....	21
2.1 A constitucionalização dos direitos sociais.....	21
2.2 As Constituições do Brasil e os direitos sociais .....	25
2.2.1 As Constituições de 1824 e de 1891 .....	25
2.2.2 A Constituição de 1934.....	25
2.2.3 A Carta de 1937 .....	26
2.2.4 A Constituição de 1946.....	27
2.2.5 A Constituição de 1967.....	28
2.2.6 A Constituição de 1988.....	29
CAPÍTULO III -Elementos jurídicos de dignidade da pessoa humana e a inserção social e econômica dos trabalhadores no sistema capitalista.....	32
3.1 Elementos jurídicos da dignidade da pessoa humana .....	32
3.1.1 A perspectiva jurídica da dignidade da pessoa humana.....	32
3.1.2 As concepções doutrinárias de proteção à dignidade da pessoa humana .....	37
3.1.3 A dignidade da pessoa humana e as relações de trabalho.....	43
3.2 As garantias mínimas de comportamento nas relações laborais.....	44
3.2.1 A dimensão dos direitos econômicos e sociais .....	44
3.2.2 A proteção dos direitos fundamentais contra o legislador .....	46
3.2.3 Os direitos fundamentais nas relações privadas .....	49
3.2.4 A vinculação aos direitos sociais nas relações privadas .....	50
3.3 A vinculação dos particulares aos direitos sociais nas relações assimétricas.....	59
3.4 Elementos externos sociais: os conflitos .....	66

CAPÍTULO IV - Os princípios do Direito do Trabalho.....	69
4.1.1 Os princípios do Direito do Trabalho .....	69
4.1.2 Princípio da proteção .....	72
4.1.3 Princípio da irrenunciabilidade de direitos .....	75
4.1.4 Princípio da continuidade .....	76
4.1.5 Princípio da primazia da realidade.....	76
4.1.6 Princípio do não retrocesso social .....	77
CAPÍTULO V - O neoliberalismo: suporte ideológico e fonte material da sociedade do trabalho atual .....	81
5.1 A sociedade pós industrial e pós-moderna.....	81
5.2. A sociedade da globalização.....	84
5.3 As mudanças no mundo do trabalho.....	86
5.3.1 Mudanças políticas, econômicas e sociais nas relações de trabalho.....	86
5.3.2 O direito flexível do trabalho.....	87
5.3.3 Os modelos atípicos de contrato de trabalho .....	90
5.3.3.1 As formas flexíveis do trabalho .....	90
5.3.3.2 A prestação de serviços intelectuais, a pejetização e o empreendedorismo .....	92
5.3.2.3 A terceirização .....	97
5.3.2.3.1 Origem .....	97
5.3.2.3.2 Objetivos e formas de terceirização .....	98
5.3.2.3.3 Tentativas de regulamentação legislativa da terceirização .....	99
5.3.2.3.4 A terceirização no serviço público.....	104
5.3.2.3.5 A terceirização na atividade privada.....	104
CAPÍTULO VI - A terceirização como cenário: discussão sobre sua ‘regulamentação’ .....	110
6.1 Antecedentes da súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho.....	110
6.2 O papel político da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho.....	112
6.2.1 O ativismo judicial.....	112
6.2.2 a visão judicial da terceirização .....	118
6.3. As categorias profissionais .....	128
6.4 Os sindicatos .....	135

6.5 As consequências da terceirização no contrato de trabalho e na capacidade organizativa do trabalhador .....	142
6.5.1 O contrato de trabalho e a associação sindical .....	142
6.5.2 Os reflexos da terceirização sobre o contrato de trabalho .....	144
6.5.3 Os efeitos da terceirização na capacidade organizativa profissional .....	146
6.6 Os direitos trabalhistas na terceirização e as normas autônomas e heterônomas .....	147
6.6.1 As normas autônomas .....	147
6.6.2 Convenções coletivas.....	150
6.6.2.1 Casuística .....	151
6.6.3 O enfoque judicial sobre a definição de terceirização em normas coletivas .....	157
CONCLUSÕES .....	161
REFERÊNCIAS .....	167

## INTRODUÇÃO

Este trabalho é uma análise sobre a situação jurídica do trabalho terceirizado. Sua implementação significa uma nova concepção das relações trabalhistas, o que suscita preocupação em face dos fundamentos e princípios do Direito do Trabalho.

Tem-se como objetivo central examinar a ruptura da proteção social nas relações trabalhistas, provocada por essa sistemática, e apontar uma nova perspectiva que reestruture, em bases adequadas à terceira fase do capitalismo, o espírito e fundamento protetor do Direito do Trabalho.

O marco teórico do debate é o capitalismo e o modo de organização da produção com a externalização e seus sujeitos, a empresa e o trabalhador, fazendo-se análise sob a metodologia, que consiste na revisão de literatura e exame de normas coletivas que consideram o fenômeno da terceirização.

Por meio de textos doutrinários e decisões judiciais selecionadas, buscou-se verificar a extensão em que a terceirização promove a mercadorização do trabalho, anulando o sentido de classe do trabalhador ao fazer a reunião das diferentes habilidades profissionais sob uma denominação geral de terceirizados ou prestadores de serviços. Nessa medida, intenta-se demonstrar que a revisão da noção de categoria profissional é necessária nas novas relações de trabalho, pois o sentido anterior de categoria, que acentua a igualdade de condições de vida e trabalho para conferir e fortalecer os direitos sociais, encontra-se fragilizado. Para isso, conjugou-se a leitura de obras de Direito do Trabalho, Direito Constitucional e Sociologia do Trabalho, compreendendo livros, dissertações de mestrado publicadas em *sites*, artigos em revistas especializadas e periódicos. Buscou-se o exame de normas autônomas coletivas para verificar como elas juridificam a terceirização e como são analisadas pelo Poder Judiciário.

A discussão do tema suscita o exame do perfil do trabalho subordinado, em suas vicissitudes que evocam, na doutrina, o trabalho escravo e servil, formas do trabalho pré-industrial que se modifica sob as mudanças havidas na conjuntura econômica e produtiva da sociedade industrial. O surgimento do trabalho dependente e por conta alheia, como a forma predominante no capitalismo, acarretou, também, alterações políticas, pois o Estado que, inicialmente, professara a filosofia da liberdade e igualdade nas relações privadas, passou a ser concitado a exercer um papel regulador dessas relações, ante a constatação de que o primado econômico inferioriza a situação jurídica dos que vivem de seu trabalho.

No segundo capítulo, examinam-se os direitos sociais na contemporaneidade e a sua constitucionalização, dando ênfase à sua enunciação nas sucessivas Constituições do Brasil.

A dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, afirmado na Constituição da República de 1988, é um valor constitutivo da sociedade brasileira que se coloca sob a perspectiva de elemento determinante da promoção da inserção social e econômica dos trabalhadores. Essa noção confere destaque à vedação do retrocesso social e se reflete no alcance e observância dos direitos sociais nas relações privadas.

No capítulo quarto, aponta-se para a compreensão do significado do Direito do Trabalho, moldado em seus princípios. Na política da flexibilização e da desregulamentação que a terceira fase do capitalismo propõe para as novas relações de trabalho, investiga-se o sentido que o Princípio da proteção do trabalhador tem para o reconhecimento do Direito do Trabalho como marco civilizatório de preservação do valor do trabalho humano, delimitando o avanço do capital e do mercado para assegurar o equilíbrio das relações de produção. Cuida-se, também, dos princípios da irrenunciabilidade de direitos, da continuidade e da primazia da realidade, e se mostra que o fundamento democrático que informa a vedação ao retrocesso repercute no Direito do Trabalho sob a enunciação do princípio do não retrocesso social e constitui um novo princípio adequado às relações de trabalho na sociedade pós-industrial.

O neoliberalismo, como um tema que ocupa as atenções e é extensamente abordado na doutrina, é analisado no capítulo quinto, pois ele constitui o suporte ideológico e a fonte material da sociedade do trabalho atual. Nessa medida, volta-se o olhar para a sociedade pós industrial e pós-moderna e as mudanças que ela imprimiu no mundo do trabalho, com a contração do Direito do Trabalho Clássico e o surgimento de um Direito Flexível do Trabalho, do qual dimanam modelos atípicos de contrato de trabalho e a terceirização, como forma organizacional concebida pela ciência da administração.

A terceirização como um modelo atípico para as relações laborais é o tema central da dissertação e constitui seu capítulo sexto. Trata-se de uma forma alheia ao Direito do Trabalho, que, no entanto, veio a se tornar o modelo central da desregulamentação das relações de produção. A terceirização recebeu um tímido contraponto na Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho; essa Corte assumiu um papel político no espaço vazio e na anomia das relações laborais na sociedade pós-industrial.

Dos novos contratos, cujo fundamento principal é a autonomia da vontade, a terceirização é a modalidade que se trivializou, tornando-se um modelo de organização do trabalho que imprime um elevado grau de desproteção às relações trabalhistas. A intensificação da terceirização, a que se assiste, torna o trabalhador invisível pela perda da finalidade do seu labor e do sentido de categoria profissional. Esse quadro social demanda uma reflexão sobre o papel e atuação das entidades sindicais na fixação de um rumo para a

terceirização e sobre a possibilidade do reavivamento dos marcos e da significação social do Direito do Trabalho.



## CAPÍTULO I - Perfil cronológico e material do trabalho subordinado

### 1.1.1 O trabalho em suas vicissitudes

A análise da terceirização, dentro do processo de produção atual e do capitalismo contemporâneo, demanda uma visão, ainda que restrita, sobre o trabalho, na estrutura das relações produtivas, e suas vicissitudes decorrentes da introdução de novos métodos que são adotados na busca pelo aumento de competitividade, de mercados e de lucros, em detrimento do trabalho realizado pelo ser humano, que se precariza ou extingue.

Inicialmente, o trabalho se realizava para o atendimento das próprias necessidades do ser humano, situação que se alterou quando, com as guerras entre clãs e tribos, foi introduzido o trabalho para outrem, na forma do trabalho escravo<sup>1</sup>. Em um longo caminho, a partir da escravidão patrimonial, definitiva ou temporária, surgiu o trabalho para outrem. Nesse curso, o trabalho passou a ser prestado sob as mais diversas formas e se desdobrou em servil e livre, ou autônomo.

Ao longo da Idade Média e na Idade Moderna, o trabalho servil tinha a marca da falta de liberdade do trabalhador e do caráter vitalício do vínculo. De outra parte, a realização do trabalho por conta alheia, a serviço de outrem, tinha regulamentação esparsa, pois como se destinava ao trabalho livre ou autônomo, tinha menor utilização; a predominância do regime da escravidão e do sistema das corporações excluía a regulamentação. O sistema corporativo medieval apresentou uma índole patronal, com a finalidade de proteção dos ofícios, preparação técnica dos artesãos, luta contra a competência desleal, do controle da qualidade dos produtos e da assistência mútua, e foi estabelecida uma estruturação interna por meio dos estatutos fixados e adotados pelos mestres, pois, nas corporações de ofício, o mestre exercia poder sobre companheiros e aprendizes. Posteriormente, estabeleceu-se o monopólio da atividade, o que tornou difícil o ingresso de novos trabalhadores nas corporações, em razão das grandes exigências, técnicas e econômicas. Havia uma situação de autoritarismo, o que estimulou o desenvolvimento de trabalho paralelo nas cidades e culminou no movimento em prol da liberdade de trabalho<sup>2</sup>.

Esse breve registro deixa perceber a resistência do ser humano a situações extremas que impedem ou limitam o exercício de um trabalho, forma social de obtenção dos meios de sua subsistência.

---

<sup>1</sup> ANTOKOLETZ, Daniel. *Derecho del Trabajo y prevision social*. 2 ed. Buenos Aires: Kraft, s.d., pp. 31-32.

<sup>2</sup> Idem. pp. 39-43.

Entre o século XVI e o século XVIII, as relações de servidão se enfraqueceram ou extinguíram de forma generalizada, nos diferentes locais, o que afetou e reduziu as relações econômicas agrárias, e, sucessivamente, incrementou as relações industriais<sup>3</sup>, pois a cidade e a indústria passaram a oferecer não propriamente liberdade, mas oportunidade de trabalho. Explica Olea<sup>4</sup> que então, o trabalho entra nos poderes de disposição do trabalhador, deixando de ser imposto por seu nascimento para ser organizado sobre base contratual, o que produziu no terreno das relações de trabalho o trânsito do *status* ao contrato característico das “sociedades progressistas”.

A migração dos camponeses para os centros industriais, fundamentalmente urbanos, ocorreu em razão de diferentes medidas, das quais os cercamentos são uma das mais conhecidas. Esse procedimento ocorrido na Inglaterra durante o primeiro período Tudor e que foi chamado de “revolução dos ricos contra os pobres”, consistiu no afastamento, pelos senhores e nobres, dos pobres da sua parcela de terras comuns, que foram cercadas e transformadas em pastagens de carneiros para a produção de lã. O processo se iniciou no século XVI e a ele se opôs o poder real dos Tudors, oposição cuja relevância merece ser enfatizada como registro de uma concepção que protegia o trabalho, pois, apesar de os cercamentos resultarem em emprego para pequenos posseiros e em renda para artesãos, esses efeitos compensadores somente fariam sentido em uma economia de mercado<sup>5</sup> que ainda não estava instalada.

A abolição das corporações, ato da Revolução Francesa expresso na Lei *Le Chapelier*, em 1791 representou a proclamação, ao lado da liberdade política, da liberdade econômica<sup>6</sup>. Abolidas as corporações, surgiram incipientes normas de trabalho em esferas específicas<sup>7</sup>.

Esses traços iniciais do trabalho a serviço de outrem que é a feição que hoje se conhece, remetem ao desenvolvimento do processo de produção a partir da Revolução Industrial e do capitalismo, em cujo âmbito surgiram, como cenário as relações sociais e o

<sup>3</sup> OLEA, Manuel Alonso. *Introdução ao Direito do Trabalho*. Curitiba: Genesis, 1997, p. 310.

<sup>4</sup> Idem. p. 304.

<sup>5</sup> POLANYI, Karl. *A grande transformação. As origens de nossa época*. 10. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p.52.

<sup>6</sup> O liberalismo econômico marcou a Revolução Francesa, o que se expressou na “loi d’Allarde, des 2-17 mars 1791” que proclamou a liberdade do comércio e da indústria e na “loi Le Chapelier, des 14-17 juin 1791, que, proibiu aos membros de uma mesma profissão a associação fundada sobre “leurs pretendus intérêts communs”. Somente em 1864, Napoleão III, na busca do apoio dos trabalhadores, suprimiu o delito de coalisão. RIVERO, Jean; SAVATIER, Jean. *Droit du Travail*. 6.ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1975, pp. 29 e 34-35.

<sup>7</sup> “Abolidas las corporaciones, la Constituyente creó una ‘libreta de trabajo’, sin cuya presentación ningún obrero podía ser contratado, y se prohibió a los patronos anotaciones desfavorables a sus tenedores. En 1806 fué creado el Consejo de ‘Prud’hommes’ formado por delegados patronales y obreros que recibieron el encargo de dirimir los conflictos individuales surgidos del contrato del trabajo. En 1810 se reglamentó el trabajo en las minas francesas.” ANTOKOLETZ, Daniel. *Derecho del Trabajo y prevision social*. 2 ed. Buenos Aires: Kraft, s.d., pp. 55-56.

Estado, e as empresas e sindicatos como atores sociais.

Conforme Olea<sup>8</sup>, a Revolução Industrial foi identificada e assim denominada por Toynbee que situou suas origens na Europa, na Inglaterra, no final do século XVIII e início do século XIX, ainda que seus elementos tenham começado a aparecer anteriormente. O conjunto das invenções aponta para a máquina a vapor de Watt como a invenção básica, tida por Olea como determinante de uma nova concepção científica dos mecanismos existentes, uma vez que ela era uma fonte de energia e podia ser utilizada para o movimento de qualquer ferramenta e para qualquer processo de produção e transporte, o que lhe conferiu extraordinário alcance e utilização<sup>9</sup>. Ora, há uma interdependência das invenções com os demais fatores sociais, bem como a influência de umas invenções sobre outras, o que as torna integrantes e desencadeantes de um processo mais amplo de produção. Pode-se afirmar que há uma cadeia reflexiva em que as invenções primeiras levam, mais além do aprimoramento, a novas invenções.

No período correspondente à segunda fase da Revolução Industrial, os recursos tecnológicos se multiplicaram e se acelerou seu aparecimento e desenvolvimento, passando eles a influir em extensão e intensidade na vida cotidiana, com efeitos graduais e cumulativos que mudaram radicalmente a sociedade humana.

A melhora pré-industrial dos rendimentos dos cultivos formou excedentes alimentícios o que desencadeou o processo de capitalização dos proprietários que permitiu os primeiros, ainda que pequenos, investimentos na industrialização e, de outra parte, levou ao deslocamento de trabalhadores para as cidades. Além de haver uma contração do emprego no campo, pela impossibilidade de serem criados novos empregos, para dar conta de uma demografia crescente, era na cidade que surgiam as novas possibilidades de emprego.

Assim, a burguesia, como detentora hegemônica do poder econômico com a emergência das classes médias urbanas frente aos estamentos nobres, que havia começado muito antes, foi reforçada pela Revolução Industrial. A primeira fase do capitalismo foi dura, pois os trabalhadores estavam sujeitos a jornadas longas e salários ínfimos; eram miseráveis, cada dia mais pobres. Os ricos, na primeira acumulação do capital, se tornavam cada vez mais ricos.

No conjunto social, a população urbana, cujo aumento se iniciara anteriormente com o relaxamento da servidão e o conseqüente deslocamento das pessoas para a cidade, que teve intensificado seu aumento natural ou vegetativo, formava um grande contingente de

---

<sup>8</sup> OLEA, Manuel Alonso. *Introdução ao Direito do Trabalho*. Curitiba: Genesis, 1997, pp. 297-298.

<sup>9</sup> Idem. p. 318.

trabalhadores. Do processo, surgiu a cidade industrial, contando com grandes excedentes de mão de obra, o que marcou o início e desenvolvimento da Revolução Industrial e se torna um dos fatores determinantes para as más condições de trabalho que caracterizam o período.

A evolução do modelo de produção capitalista, desencadeada pela Revolução Industrial, se realizou pelo desaparecimento da propriedade comunal e pela consolidação da propriedade privada baseada no direito de propriedade e na liberdade formal. O contrato se tornou um elemento essencial no modelo econômico, pois levava à aquisição da propriedade e à circulação da riqueza, com um papel instrumental para a transferência de direitos sobre coisas. Mesclaram-se o poder de contratar e o contrato, em uma enunciação ideológica que correspondia à liberdade e à propriedade. Para atender à exigência da economia capitalista, a propriedade se concentrou, libertada dos pesos e vínculos de origem feudal, e se deu a plenitude dos direitos de propriedade e a transferência de riqueza para a classe burguesa, para desenvolver o comércio e a indústria<sup>10</sup>.

A liberdade, para o trabalhador, também significava a liberdade de contratar, mas, se entranhara pela diferença material, o desequilíbrio contratual. O trabalho se tornou o meio de sua liberdade, mas não o libertou.

### **1.1.2 Trabalho e Revolução Industrial**

A Revolução Industrial determinou uma profunda mudança social, em que se destacava a expectativa de mudança contínua, a ideia do progresso infinito e do triunfo permanente da ciência. Esses são signos da Modernidade, que conformaram mudanças e os seres humanos em uma medida de racionalidade e confiança nos processos científico-tecnológicos, e atingiram a própria natureza das instituições<sup>11</sup>. A mudança se tornou o princípio estrutural da nova sociedade criada pela Revolução Industrial e cujo símbolo é a máquina, com repercussão na vida social das pessoas, em todas suas esferas.

Iniciada como processo localizado geográfica e culturalmente, a Revolução Industrial alargou seu espaço e alcançou todo o mundo, deixando de ser um destino especial da Europa e do Ocidente. A dilatação espacial não significa que se tratava de um movimento unificado, pois a escravidão, nas colônias europeias, subsistiu até bem avançado o século XIX.

---

<sup>10</sup> ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, pp.40-46.

<sup>11</sup> “Algumas formas sociais modernas não se encontram, pura e simplesmente nos períodos históricos anteriores – tais como o sistema político do Estado-nação, a dependência generalizada da produção do recurso a fontes de energia inanimadas, ou a completa transformação dos produtos e do trabalho assalariado em mercadoria.” GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*, 3. ed. Tradução de Fernando Luis Machado e Maria Manuela Rocha. Oeiras: Celta, 1990, p. 4.

Neste período, também se modificou a forma de trabalhar. A introdução do modelo taylorista de divisão do trabalho estabeleceu o controle dos tempos e movimentos e a teoria dos tempos mortos do processo produtivo, o que levou à intensificação do ritmo de trabalho. Já no modelo fordista, houve a exatidão dos tempos, a repetição das tarefas, a fragmentação do processo produtivo, mediante a qual era cometida tarefa ao trabalhador cujo desempenho repetitivo era considerado como capaz de levar a uma execução exata e ágil.

A civilização do século XIX, que se baseava no equilíbrio de poder entre as grandes potências; no padrão internacional do ouro e uma organização única na economia mundial; no mercado autorregulável que produziu grande bem-estar material e no estado liberal<sup>12</sup>, entrou em crise com a quebra do padrão ouro, e, assim, se precipitaram as questões políticas e as guerras. Revolveu-se o tecido social, de forma trágica, nas Primeira e Segunda Guerras Mundiais. A economia foi duramente atingida: à Primeira Guerra Mundial seguiu-se um colapso sentido em todos os lugares em que as pessoas faziam transações de mercado, e os Estados Unidos foram o epicentro desse terremoto; entre as guerras, a economia mundial capitalista pareceu desmoronar<sup>13</sup>.

Todavia, do sofrimento havido e da desestruturação da economia mundial surgiu um Estado forte e intervencionista, que se constituiu o modelo predominante no capitalismo central durante a maior parte do século XX. Fortaleceu-se, ao lado do discurso liberal da cidadania, o discurso social, com a afirmação do papel do Estado como agente dos processos transformadores, atuando para a realização dos direitos sociais. É o momento do Estado de Bem-Estar Social com intervenção estatal na economia e grande desenvolvimento do processo produtivo.

Mais uma vez e, então, de forma organizada e com a presença do Estado, continuou a acumulação capitalista, mas permeada pela formulação marxista e socialista e pelo reconhecimento da necessidade da libertação econômica do homem. A conciliação dos conceitos econômicos tomou em consideração o trabalhador, dentro da economia de mercado e do padrão capitalista de produção.

Nesse contexto socioeconômico, cujo marco histórico fora a primeira Revolução Industrial, estruturou-se a relação empregatícia, como relação jurídica central do sistema de

---

<sup>12</sup> POLANYI, Karl. *A grande transformação. As origens de nossa época*. 10. ed. Rio de Janeiro:Elsevier, 2000, p.17.

<sup>13</sup> HOBBSAWM, Eric. *Era dos extremos. O breve século XX – 1914-1991*. Tradução de Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p.91.

produção capitalista e categoria propiciadora de mudanças nas relações de produção até então consolidadas, já que se mostrava sustentada no elemento distintivo da subordinação jurídica<sup>14</sup>.

Durante longo tempo, não houvera regulação do trabalho, o que gerou efeitos nefastos, que são depreendidos no fato de as primeiras leis de proteção ao trabalho se voltarem para aspectos específicos e mais graves como o trabalho da mulher, o trabalho das crianças, a duração do trabalho e a segurança e higiene do trabalho<sup>15</sup>.

A precariedade das condições de trabalho formou uma consciência de classe determinante da criação dos movimentos associativos, na primeira fase do capitalismo, caracterizada pelo ideário liberal e o individualismo político.

Com o associativismo, os trabalhadores descobriram o poder da ação coletiva perante o Estado e o empregador; surgiu o sujeito coletivo obreiro para se contrapor à força econômica do capitalismo. A represália aos movimentos de trabalhadores e às suas reivindicações se deu com a proibição das coalisões e associações; nos termos da Lei *Le Chapelier* foi proibido o agrupamento ou reunião de pessoas do mesmo estado ou profissão para a defesa de interesses comuns, e com a Lei Germinal foi instituído o delito de associação.

A força associativa impulsiona o grupo, formando no trabalhador a consciência de sua própria situação, por meio do compartilhamento da mesmas condições de vida, pois, a solidariedade que se estabelece entre os membros do grupo estabelece o equilíbrio entre a inferioridade do trabalhador individual e o poder econômico do empregador. Forma-se uma unidade sociológica em que a divisão do trabalho social conduz à solidariedade orgânica com a articulação dos diferentes níveis e sistemas de direitos e deveres.

O sindicato surgiu como um produto da sociedade industrial capitalista, da formação do proletariado, e se constitui em instância de organização e de representação, fundada na solidariedade e no associativismo, destinado à defesa do trabalhador. A proibição do movimento associativo, na primeira fase da industrialização, não foi bastante para inibir os trabalhadores de sua organização em associações circunstanciais, as mútuas, destinadas à ajuda aos enfermos e grevistas, promovendo uma forma incipiente de proteção social.

---

<sup>14</sup> NEVES DELGADO, Gabriela. *Terceirização. Paradoxo do Direito do Trabalho Contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2003, p. 37.

<sup>15</sup> ANTOKOLETZ, Daniel. *Derecho del Trabajo y prevision social*. 2 ed., Buenos Aires: Kraft, s.d., pp.56-57.

Dentro da proibição, o sindicalismo, todavia, encontrou sua evolução, estimulado pelo desenvolvimento industrial, pois o crescimento da classe operária tornou mais evidente e profunda a diferença entre trabalhadores e patrões<sup>16</sup>.

Na fase seguinte, quando se firmou a existência de uma sociedade de trabalho com ampliação da injustiça social, os Estados Modernos passaram a admitir os movimentos operários e os sindicatos, e foram suspensas as leis que tratavam a coalisão como um delito e as que proibiam os pactos coletivos<sup>17</sup>.

Inicialmente sob proibição, e depois com a mera tolerância do Estado para suas atividades, os sindicatos, em razão do sentimento de classe e da coesão social, mantiveram-se no cenário da produção como voz das reivindicações dos trabalhadores para clamar contra o injusto e desigual mundo do trabalho.

Essa continuidade do sindicalismo e sua força social levou o Estado Liberal a adotar uma estratégia de implementação de alguns direitos sociais e a afastar a hegemonia do Direito Civil clássico, na tutela das relações de trabalho<sup>18</sup>.

Após a Segunda Guerra Mundial, o Estado assumiu uma postura intervencionista, com a adoção de políticas de planejamento e de assistência social, além da implementação de política do pleno emprego. O surgimento do Direito do Trabalho, dentro do Estado Social resultou da dinâmica de processos que constituíam o desenvolvimento de uma opção política determinada pelas forças e concepções sociais. A questão social, como o antagonismo entre o capital e o trabalho, teve o papel fundamental de apontar a diferenciação e a desigualdade nas relações sociais e originou um conjunto normativo que iria incidir sobre elas, em sua formação e desenvolvimento. Com a nova posição do Estado, também um novo papel foi conferido ao sindicalismo para participar na implementação de política do pleno emprego.

A evolução do trabalho e dos direitos que são assegurados aos trabalhadores está permeada por contradições que assinalam um desenvolvimento, mediante rupturas e transformações. Todavia, a regulação da economia capitalista fornece e contém os elementos para sua reprodução. O regime de acumulação exige, para sua instalação e desenvolvimento no Estado Social, a adoção de esquemas que conformem os agentes privados, as empresas e os trabalhadores. No processo histórico, o sistema capitalista, com o desgaste do Estado Liberal e em virtude de pressões exercidas por setores da sociedade, cedeu direitos às classes menos favorecidas, o que se consolidou no Estado de Bem-Estar Social.

---

<sup>16</sup> ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. *Direito do Trabalho e Pós-Modernidade. Fundamentos para uma teoria geral*. São Paulo: LTr, 2005, pp. 82-83.

<sup>17</sup> Idem. pp. 83-84.

<sup>18</sup> OLEA, Manuel Alonso. *Introdução ao Direito do Trabalho*. Curitiba: Genesis, 1997.

O Direito do Trabalho apresenta uma natureza contraditória, pois, sendo o resultado da pressão da classe trabalhadora contra a humilhante situação em que se davam as relações de produção, a burguesia o colocou a seu serviço e da manutenção das estruturas capitalistas, como explica Monereo Perez<sup>19</sup>, ao dizer que o ordenamento laboral é um elemento da ação da classe trabalhadora contra a ordem capitalista e um elemento da luta da classe dominante contra a ação dos trabalhadores. Não é diferente que Bonavides<sup>20</sup> analisa a formulação da legislação social, como decorrência de imperativos da sobrevivência burguesa, conforme a teoria marxista. Tem sentido similar a doutrina que afirma o caráter compromissório do Direito do Trabalho, pois parte da premissa de que a unilateralidade das normas laborais, em favor dos trabalhadores, não é uma característica do Direito do Trabalho, pois, além das normas de tutela das posições jurídicas e interesses dos trabalhadores, há também um conjunto de mecanismos e institutos de salvaguarda dos interesses do empregador e das empresas, que asseguram o equilíbrio do sistema<sup>21</sup>.

A fase de esplendor dos direitos sociais abrangeu trinta anos, os chamados “Trinta Anos Gloriosos”, mas sua formação e evolução se estendeu do século XIX ao século XX, cujo marco final é situado por Hobsbawm no início da década de 1990 e no colapso da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas<sup>22</sup>. Na crise dos anos 70 do século XX, surge uma nova fase do capitalismo.

A expansão do movimento sindical, a obtenção de aumentos de direitos sociais e a melhoria das condições de trabalho, como resultados favoráveis aos trabalhadores, modificaram a atuação dessa classe que não mais contestava o sistema capitalista e se tornava sua aliada, em um jogo de colaboração. Isso permitiu o novo avanço do capital, em meio à negociação, pelos sindicatos, dos direitos sociais, deixando de constituir um impasse para o sistema.

A fase do capitalismo que viu florescer o Estado do Bem-Estar Social compôs um diálogo profícuo com os sindicatos que, por sua vez, alcançaram conquistas sociais expressivas para a classe trabalhadora. A combinação entre o crescimento econômico, numa economia capitalista baseada no consumo de massa de uma força de trabalho plenamente

---

<sup>19</sup> ”el ordenamiento laboral es, asimismo, un elemento y una apuesta de la acción de la clase obrera contra el orden capitalista, y un elemento de lucha de la clase dominante contra la acción de los trabajadores”. MONEREO PÉREZ, Jose Luis. *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho flexible del Trabajo*. Valencia, Tirant lo blanch, 1996, p. 25.

<sup>20</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 177.

<sup>21</sup> RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Direito do Trabalho – Parte I- Dogmática Geral*. Coimbra: Almedina, 2005, p.106.

<sup>22</sup> HOBBSAWM, Eric. *Era dos extremos. O breve século XX – 1914-1991*. Tradução de Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p.15.



empregada e cada vez mais bem paga e protegida, era uma construção política, resultado de consenso entre a direita e a esquerda em países ocidentais, que contou, também, com o consenso tácito ou explícito entre patrões e organizações trabalhistas<sup>23</sup>.

Uma nova crise do capitalismo interferiu nesse quadro. O trabalho e o sindicalismo surgido com a relação de produção das sociedades industriais encontraram-se diante de uma nova forma da sociedade pós-industrial e de suas transformações econômicas e sociais.

## **1.2. As mudanças e alterações na conjuntura econômica, política, produtiva e jurídica da sociedade industrial**

A partir da crise dos anos 1970, instaurou-se a fase do capitalismo caracterizado pela mudança econômica, globalização e avanços tecnológicos. O Estado neoliberal surgiu como um instrumento da globalização, identificando-se com as necessidades do capital em crise e, nele, há uma relação mimética com o Mercado. As relações sociais de produção e a correlação de forças entre as classes sociais foram duramente atingidas e foi derruído o quadro dos direitos trabalhistas, de forma direta ou indireta. Surgiram as empresas do setor terciário, os serviços externos, a deslocalização e internacionalização da atividade econômica, desenhando um novo formato da sociedade e do trabalho, o que atingiu os direitos trabalhistas de forma indireta pois destruiu ou reduziu empregos. O capitalismo que, anteriormente e por estratégia de sobrevivência, se transformara e atendera às reivindicações dos trabalhadores, após a crise econômica, seguida pela crise política que desmantelou o polo socialista, voltou-se para uma nova forma de produção, fora do modelo tradicional de trabalho e de empresa.

O grande opositor da economia capitalista, representado pelo socialismo, desaparecera com o colapso da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas entre 1989 e 1990<sup>24</sup>, antecipado pela Queda do Muro de Berlim; o espírito do capitalismo se tornou determinante e pensamento único nas relações de produção, trazendo consigo a privatização, abertura de mercados, flexibilização do trabalho, formas flexíveis de desenvolvimento do trabalho, multiplicidade de modelos empresariais e de relações de trabalho.

Nessa época, a volatilidade da economia, com os mercados financeiros e as marcas da crise do petróleo, levaram as empresas a procurarem reduzir custos, o que, no tocante ao

---

<sup>23</sup> HOBBSAWM, Eric. *Era dos extremos. O breve século XX – 1914-1991*. Tradução de Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p.276.

<sup>24</sup> Idem, p.542 “O colapso da URSS, claro, chamou a atenção basicamente para o fracasso do comunismo soviético, ou seja, da tentativa de basear toda uma economia na propriedade universal, pelo Estado, dos meios de produção e no planejamento central que tudo abrangia, sem qualquer recurso efetivo ao mercado ou aos mecanismos de preço.”

trabalho subordinado, apontou para a adoção de formas atípicas de contratação, com o trabalho a termo, trabalho temporário e trabalho independente.

Estabeleceu-se uma fase do capitalismo, para o qual o trabalho se realizava com novas estruturas de organização produtiva, gestão interna e divisão do trabalho. As empresas foram objeto de incorporações, fusões e concessões que visaram à mobilidade geográfica, sem determinação fixa de um centro de poder<sup>25</sup>. A especialização flexível da produção no toyotismo representou uma mudança na lógica do sistema fordista e a intensificação do ritmo do trabalho, em que a procura determina a produção, implantando-se o procedimento *just in time*, a equalização do tempo entre as equipes de trabalhadores e a alternância deles entre diversos postos de trabalho, atribuindo-lhes uma multifuncionalidade<sup>26</sup>.

Enfim, há concentração de poder sem centralização, a qual é denotada pelas marcas, como símbolos em que a empresa detentora não produz peças e componentes, mas tem o controle e poder de mando do sistema produtivo e das metas de produção<sup>27</sup>.

Percebe-se que essa nova estrutura alcançou outros aspectos, como o da influência que, no Estado de Bem-Estar Social, os sindicatos exerceram como interlocutores sociais e levou ao desenvolvimento dos direitos do trabalhador, ao passo que se verifica a redução dos associados dos sindicatos afetando sua representatividade, poder e a nova estrutura organizacional com a preeminência de modelos diferenciados de contratos de trabalho e a adoção da terceirização, o que afasta o trabalhador da empresa ou do ambiente de trabalho.

Esse novo modelo exige uma compreensão, sem o determinismo que informa certo pensamento sobre o trabalho, em que é afirmada a inevitabilidade das mudanças e seu caráter benéfico a longo prazo, ou como resultante de injunções sistêmicas<sup>28</sup>, até porque esse enfoque orientara o pensamento liberal clássico e apenas retorna no novo quadro liberal.

O novo capitalismo requer atenção à adaptação, à mudança, à flexibilidade, no meio da concorrência, globalização e instabilidade, e marca o desaparecimento da anterior polarização existente entre o mundo capitalista, capitaneado pela Europa Ocidental e os Estados Unidos, e o mundo dos países socialistas de economia planificada, pois, com a implosão do polo socialista, o mundo econômico se unificou em 1991. O polo asiático, no qual, hoje, a China se destaca, constitui, também, forma capitalista de produção. Enfim, o capitalismo não é hegemônico, mas unitário.

---

<sup>25</sup> ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. *Direito do Trabalho e Pós-Modernidade. Fundamentos para uma teoria geral*. São Paulo: LTr, 2005, p. 253.

<sup>26</sup> Idem. p. 115.

<sup>27</sup> Idem, p. 254.

<sup>28</sup> BOLTANSKI, Luc. CHIAPELLO, Ève. *O novo espírito do capitalismo*. Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2009, pp.28-29.

A generalização do trabalho em rede se torna o modelo da organização da empresa e a flexibilidade se torna o resumo das transformações que as empresas promovem<sup>29</sup>. Isto significa a possibilidade de adaptação do aparato produtivo, especialmente do nível de emprego, à evolução da demanda, o que configura, no novo espírito do capitalismo, um deslocamento que contribui para devolver a iniciativa ao capital e à gestão empresarial, com a reorientação na distribuição dos salários e lucro do valor agregado em favor dos donos de capitais.

Desde a década de 1970, passa a haver uma nova divisão internacional do trabalho, com a transferência de indústrias da primeira parte da economia industrial para o segundo mundo<sup>30</sup>, e se instala a distinção Norte-Sul, com segmentação do trabalho.

Nessas transformações do tecido produtivo, a nova forma de produzir contém a terceirização, à qual é atribuído um papel central, com sua intensificação e extensão às diversas e diferentes empresas, de modo a se tornar uma forma comum de trabalho e, até mesmo, uma nova divisão do trabalho, em que se separam e distinguem trabalhadores permanentes e terceirizados, estes, os precários. O trabalho em rede cria as empresas satélites, que se agregam em torno de uma marca; giram em redor dela e de sua existência e local só dá conta a pequena etiqueta *Made in*. Dentro desse mecanismo giram também os trabalhadores. Reativou-se o ‘moinho satânico’?<sup>31</sup>

A Revolução Industrial se realizou com a revolução tecnológica, com modificações e aceleração do progresso e da técnica, dando-se um aprofundamento dos conceitos da modernidade.

Ao se alterar o ambiente da sociedade capitalista, seus sujeitos foram afetados: a empresa e seus modos de produção, o fordismo e o taylorismo que, de características de uma época, passam a ser modos utilizados nas empresas que gravitam em torno das grandes empresas, terceirizantes e terceirizadas; taylorismo e toyotismo se complementam em movimentos definidos no ápice da pirâmide. O empregado, que é descrito no Direito do Trabalho clássico pelos elementos da pessoalidade, continuidade do trabalho, dependência econômica e subordinação jurídica, encontra-se perante impasses e redefinições, das quais emergem a revisão da subordinação, o conceito de parassubordinação, como trabalho economicamente dependente.

---

<sup>29</sup> BOLTANSKI, Luc. CHIAPELLO, Ève. *O novo espírito do capitalismo*. Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 229.

<sup>30</sup> HOBBSAWM, Eric J. *Era dos extremos. O breve século XX – 1914-1991*. Tradução de Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p.354.

<sup>31</sup> Expressão utilizada por Polanyi em *A grande transformação. As origens de nossa época*. 10. ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

Por outro lado, como registrado no relatório Supiot<sup>32</sup>, as estruturas de representação, de confrontação e de negociação são alteradas de modo que não permitem chegar ao interlocutor pertinente, o tomador de serviços, limitação que decorre da terceirização. Assim, os conflitos se revestem de outra forma, além de se ocuparem de novos temas, suscitados pelos novos membros, como mulheres, jovens e trabalhadores idosos, com a transversalidade de problemas específicos.

Para o novo modo de produção, introduzido pelo toyotismo, com formação de redes e descentralização das atividades, o capitalismo se renova revestindo o espírito expresso na fórmula da “exigência de acumulação ilimitada do capital por meios formalmente pacíficos”<sup>33</sup>. O novo conjunto de circunstâncias configura um capitalismo regenerado e uma situação social degradada, com a ameaça ao modelo de sociedade do pós-guerra e perplexidade ideológica<sup>34</sup>. O capitalismo em sua fase atual e com novo espírito, parece acenar à igualdade, o que faz, contudo, segundo a igualdade liberal, e, ao funcionar como sistema que visa ao máximo lucro, consome os indivíduos que a ele servem; consome também o homem, avançando além dos corpos produtivos, no sentido da redução dos espíritos<sup>35</sup>.

Os resultados sociais mais destacados se caracterizam na ausência de intervenção do Estado e falta ou redução de proteção legal nas relações trabalhistas, mediante desregulamentação ou flexibilização. Há a revisão do modo de trabalhar, que resulta em ausência de dignidade do trabalhador, pois seu espírito, sua vida pessoal também são conclamadas para a realização do trabalho, por meio de uma completa inserção na empresa, que se estende para alcançar sua personalidade<sup>36</sup>. Dessa forma, são revistos conceitos do Direito do Trabalho clássico como ocorreu com a previsão de contrato de trabalho em regime de tempo parcial<sup>37</sup> ou a suspensão do contrato para qualificação<sup>38</sup>.

O ressurgimento da ideia liberal, no nome de neoliberalismo, crava a distorção, até a negação, do pensamento social. Essa doutrina retoma o *laissez-faire* e propõe a redução do

---

<sup>32</sup> SUPIOT, Alain. *Au delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*. Paris: Flammarion, 1999, p.49.

<sup>33</sup> BOLTANSKI, Luc. CHIAPELLO, Ève. *O novo espírito do capitalismo*. Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p.35.

<sup>34</sup> Idem. pp.20 e 25.

<sup>35</sup> DUFOUR, Dany-Robert. *A arte de reduzir as cabeças: sobre a nova servidão na sociedade ultraliberal*. Tradução de Sandra Regina Filgueiras. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2005, p. 10.

<sup>36</sup> GORZ, André. *Misérias do presente, riqueza do possível*. Tradução de Ana Montoia. São Paulo: Annablume, 2004.

<sup>37</sup> CLT. Art. 58-A. Considera-se trabalho em regime parcial aquele cuja duração não exceda a 25 (vinte e cinco) horas semanais.

<sup>38</sup> CLT. Art. 476-A. O contrato de trabalho poderá ser suspenso, por um período de 2(dois) a 5 (cinco) meses, para participação do empregado em curso ou programa de qualificação profissional oferecido pelo empregador, com duração equivalente à suspensão contratual, mediante previsão em convenção ou acordo coletivo de trabalho e aquiescência formal do empregado, observado o disposto no art. 471 desta Consolidação.

Estado, tanto em sua dimensão como em seus fins e tem como objetivo a desintegração do Estado do bem-estar social<sup>39</sup>. Trata-se de nova versão do liberalismo com a retomada do liberalismo ortodoxo, cujo peso diminuía com a desigualdade real que ele provocara, o que levava ao liberalismo heterodoxo e à admissão da intervenção protetora do Estado. O neoliberalismo é um neocapitalismo, ou neoconservadorismo, que concentra na Economia a solução dos problemas enquanto, em verdade, a Economia e o Direito devem atuar sob de forma coordenada, porque ambos são sociais<sup>40</sup>. O enfraquecimento do Estado, como instituição política central de que era investido mediante o monopólio do poder público e da lei, corresponde a uma nova fase em que há o reconhecimento da força e do poder do Mercado, como central e determinante. As entidades supranacionais fragmentaram o poder e a função estatal para introduzir uma nova ordem estabelecida em torno do Banco Mundial e do Fundo Monetário Internacional<sup>41</sup> em uma formação transnacional<sup>42</sup>. Os financiamentos se estabelecem agora entre Estados e essas instituições supranacionais, acumulando-se as dívidas internas e externas dos países de economia periférica, com efeitos que correspondem à imposição de programas de redirecionamento das políticas desses países para atenderem à orientação e interesses dos credores oficiais.

O itinerário do Estado, que se desenvolvera do liberalismo até o Estado Social Democrático, passa agora, ao sentido de retorno do liberalismo: essa retomada atende pela designação de neoliberalismo e traz novo suporte ideológico e fonte material, delineado a partir da sociedade global. O avanço de uma concepção mercantilista vai implicar mudanças no mercado de trabalho, de modo a atender à concepção neoliberal, privilegiando a racionalidade econômica. Isto afeta a concepção do contrato de trabalho em sua função socializadora, na medida em que este tem um nítido sentido protetor e busca a melhoria das condições de vida do trabalhador, com o que promove o equilíbrio das relações laborais e a igualdade material<sup>43</sup>.

Nessa fase, que se iniciou nos anos 1970, instalou-se o pensamento da flexibilização laboral: uma das sequelas do neoliberalismo. Com ela, desenvolveu-se o trabalho precário e, do predomínio da tese neoclássica sobre a escola keynesiana, advindo a adoção do

---

<sup>39</sup> BARBAGELATA, Héctor-Hugo. *O particularismo do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1996, pp.136-137.

<sup>40</sup> CATHARINO, José Martins. *Neoliberalismo e sequela*. São Paulo: LTr, 1997, pp. 30-31.

<sup>41</sup> HOBBSAWM, Eric. *Era dos extremos. O breve século XX – 1914-1991*. Tradução de Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, pp.554-556.

<sup>42</sup> “ordens jurídicas transnacionais em sentido estrito, com ordens normativas que são construídas primariamente não por Estados ou a partir de Estados, mas sim por atores ou organizações privados ou quase públicos.” NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*, São Paulo: VMF Martins Fontes, 2009, p. 187.

<sup>43</sup> BARROSO, Fábio Tulio. *Direito Flexível do Trabalho. Abordagens Críticas*. Recife: Universitária da UFPE, 2009, pp.35-36.

pensamento no sentido de que as empresas enfrentassem o imperativo da concorrência internacional mediante a redução dos custos da produção e, em primeiro lugar, da mão de obra. Daí, o retorno do fantasma do desemprego enquanto o emprego precário é julgado não como um recuo em relação ao emprego estável, mas como um passo adiante à situação de desemprego. Foi a adoção do discurso de que é melhor um emprego precário do que não ter nenhum<sup>44</sup>. Imbuídos dessa orientação, os Estados-nação passaram a aceitar, e até, a promover a precarização dos empregos, possibilitando que o mercado estabelecesse suas próprias regras, em detrimento das relações de trabalho reguladas, o que constitui uma das sequelas do neoliberalismo como Catharino designa<sup>45</sup>. As transformações econômicas e da organização do trabalho levaram a uma redução normativa como uma escolha política sobre as tutelas concedidas ao trabalhador, e serviram para instalar o trabalhador heterogêneo, com vínculo instável e diversificação das formas do regime jurídico. Na sociedade complexa, a articulação entre as diferentes formas de trabalho e a tendência expansionista do Direito do Trabalho para abarcar a realidade deste é desconstruída com a segmentação do mercado de trabalho<sup>46</sup>.

### 1.3 O papel do Estado na regulação das relações de trabalho

A inversão do ponto de vista das relações entre governantes e governados, que estavam baseadas, inicialmente no poder supremo e absoluto do governante, deu origem ao Estado moderno.

Primeiro, o Estado liberal, no qual os indivíduos que reivindicam o poder são apenas uma parte da sociedade; depois, o Estado democrático em que a todos é reconhecido o direito a reivindicar o poder e, em seguida, o Estado social, no qual os indivíduos, sem distinção de classe, postulam direitos de liberdade e direitos sociais<sup>47</sup>. Se o Estado moderno surgiu absolutista e monárquico, com a concentração de poderes políticos e econômicos na realeza, instilou o sopro da burguesia emergente e de seus interesses<sup>48</sup>, o que foi uma das características da transição da Idade Moderna para a Idade Contemporânea.

---

<sup>44</sup> RICCA, Sérgio. *Le comportement de l'Etat face au travail précaire*. IN: Rodgers, Gerry et Janine. (dir.) *Les emplois précaires dans la regulation du marche du travail. La croissance du travail atypique en Europe de l'Ouest*. Gêneve: Université libre de Bruxelles, 1990, p. 258.

<sup>45</sup> CATHARINO, José Martins. *Neoliberalismo e sequela*. São Paulo: LTr, 1997. O autor se refere à ideologia liberalista apontando o neoliberalismo como sua versão atual que constitui o substrato ideológico que tem como sequelas de um pretense antagonismo entre Economia e Direito, a privatização, a desregulação, a flexibilização e a terceirização.

<sup>46</sup> MONEREO PÉREZ Pérez, José Luis. *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho flexible del Trabajo*. Valencia. Tirant lo blanch, 1996, pp.82-85.

<sup>47</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 100.

<sup>48</sup> NEVES DELGADO, Gabriela. *Terceirização. Paradoxo do Direito do Trabalho Contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2003, p. 32.

No Estado moderno dos séculos XV a XVIII, absolutista e monárquico, a burguesia, como detentora hegemônica do poder econômico, e as classes médias urbanas iniciaram a formação do capitalismo, que foi reforçada pela Revolução Industrial.

Quando se iniciou a Revolução Industrial, a filosofia do Estado tinha fundamento no liberalismo. Era a época do *laissez-faire* e da liberdade burguesa, e o Estado tinha como seu mote a ausência das relações sociais, pois a ação econômica era a ação dos particulares. Ao Estado cabia apenas assegurar a livre concorrência e proteger a propriedade contra ameaças, pois a ação econômica estava separada dele.

Menciona Neves Delgado<sup>49</sup> a evolução e consolidação, na Idade Contemporânea, do modelo de produção capitalista, desencadeada pela Revolução Industrial, atravessando do Estado Liberal ao Estado de Bem Estar Social. No Estado Liberal, fundamentado na proteção à propriedade privada dos meios de produção, não havia intervenção estatal na economia, de modo que os trabalhadores não tinham nem meios de produção nem controle sobre o processo produtivo; o Estado assegurava o direito de propriedade, adotando postura negativa, caracterizando a abstenção do Estado.

O liberalismo fora estruturado a partir de ideias de Locke que, em sua aceitação e continuidade, se refletiram em estudos de Rousseau e na Revolução Francesa. O pensamento de Locke tinha como fundamento a defesa da existência do indivíduo diante da sociedade e da propriedade privada, cujo fundamento na sociedade civil seria o trabalho<sup>50</sup>. Todavia, esse norteamento levou à hipertrofia dos direitos individuais e ao distanciamento entre sociedade e Estado, o que foi desafiado quando a Revolução Industrial apresentou suas consequências, com a exploração do trabalho humano e o empobrecimento dos trabalhadores. A injustiça social se tornou uma mácula nos Estados e a questão social, pelo antagonismo entre o capital e o trabalho, reclamava uma solução. A Igreja Católica, que se ausentara do poder temporal na formação do Estado moderno, emitiu seu posicionamento. A Encíclica *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII, em 15 de maio de 1891, afirmava a necessidade de união e harmonia entre as classes sociais, porque “não pode haver capital sem trabalho nem trabalho sem capital”, concitando o Estado a servir ao interesse comum, melhorando a condição da classe obreira que constitui a maioria de seus habitantes e intervindo cada vez que os interesses gerais ou o interesse de uma classe particular seja lesionado ou ameaçado e não haja outro

---

<sup>49</sup> NEVES DELGADO, Gabriela. *Terceirização. Paradoxo do Direito do Trabalho Contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2003, p. 33.

<sup>50</sup> ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. *Direito do Trabalho e Pós-Modernidade. Fundamentos para uma teoria geral*. São Paulo: LTr, 2005, pp. 133-134.

meio de evitá-lo<sup>51</sup>.

Ora, a neutralidade do Estado liberal levava à formação e à consolidação de fortunas pelos detentores do poder econômico, situação que prosseguiu e se ampliou até que o surgimento do Estado socialista, com a Revolução Russa de 1917 estabeleceu um confronto político que se solidificou com a adesão de outros países, a ela. Foi a formação do bloco socialista que estabeleceu a crise do Estado moderno e Liberal. Ademais, entre 1914 e 1945, ocorreram duas guerras mundiais, redesenhando o quadro político da Europa, pois atrocidades foram cometidas contra os seres humanos e a civilização estava em choque. Além disso, o panorama econômico estava ressentido das dificuldades e escassez de meios. A mobilização de massas para o conflito, durante anos, exigia que a economia industrializada apresentasse alta produtividade, o que implicou enormes tensões à força de trabalho e, assim, se fortaleceu o poder do trabalhismo organizado, além da revolução social com o emprego das mulheres<sup>52</sup>.

O Estado social surgiu em nome da cidadania e da igualdade e buscou superar a contradição entre igualdade política e desigualdade social, mediante o reconhecimento de direitos ao proletariado, a intervenção do Estado nas relações sociais, estendendo sua influência à área econômica<sup>53</sup>. A sua formulação vem do pensamento de Marx no reconhecimento da necessidade da libertação econômica, em prosseguimento ao pensamento de Rousseau que propusera a libertação política do homem. O marxismo se opôs ao liberalismo que constituía a crença do capitalismo e propugnava uma solução de força; da conciliação desses opostos se fez o Estado social como síntese democrática<sup>54</sup> que atendeu ao imperativo da sobrevivência burguesa. A enunciação, por Marx, dos conceitos de alienação e trabalho alienado, como resultante dos fatores materiais dominantes da sociedade, em que o trabalho resulta em coisa que se transforma em mercadorias, desvelou a economia de mercado e o padrão capitalista de produção como contraposição ao trabalhador. Interpreta Hobsbawm, a existência da URSS como uma ameaça digna de crédito ao sistema capitalista e que assim constituiu um incentivo para que o capital se reformasse<sup>55</sup>.

Reconhece-se, o Estado, como partícipe e reitor das relações sociais, desenvolvendo uma atividade interventiva, no sentido do equilíbrio entre os proprietários e os não proprietários. A construção da igualdade social se torna o desafio do Estado e a compreensão

---

<sup>51</sup> ANTOKOLETZ, Daniel. *Derecho del Trabajo y prevision social*. 2 ed. Buenos Aires: Kraft, s.d., p.91.

<sup>52</sup> HOBBSAWM, Eric. *Era dos extremos. O breve século XX – 1914-1991*. Tradução de Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p.51.

<sup>53</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, pp. 186-187.

<sup>54</sup> Idem. pp. 173-177.

<sup>55</sup> HOBBSAWM, E. *Era dos extremos...*, p. 552.



do Estado social envolve a percepção de que a liberdade se identifica com a emancipação econômica, o que não fora percebido pelo Estado Liberal. Por isso, ele estabelece garantias mínimas de comportamento nas relações sociais, de modo que possibilita aos trabalhadores sua inserção social e econômica, estabelecendo-se o foco no pleno emprego, com atributos de segurança e dignidade. O capitalismo deve ser disciplinado para atingir a junção entre eficiência econômica e bem-estar social. Os direitos trabalhistas são reconhecidos, consolidados e ampliados, sob a direção de um Estado que promove o progresso e as relações sociais.

## CAPÍTULO II - A constitucionalização dos direitos sociais

### 2.1 A constitucionalização dos direitos sociais

Esclarece-se, de início, que as referências históricas sobre a constitucionalização dos direitos sociais são restritas e que se adotam as observações feitas por Miranda quanto aos direitos fundamentais, na comparação e distinção entre os direitos de liberdade e os direitos sociais. Esse autor faz referência aos direitos, liberdades e garantias, de âmbito civil, como direitos de libertação do poder e direitos à proteção do poder, e aos direitos sociais como direitos de libertação da necessidade e direitos de promoção, em que se entrecruzam e completam a liberdade e a libertação, na unidade do sistema jurídico e na harmonização dos direitos da mesma pessoa e de todas as pessoas<sup>56</sup>.

Os direitos fundamentais se apresentam, no cenário jurídico, envoltos no surgimento do moderno Estado constitucional, ainda que haja referência à sua anterioridade a partir de uma pré-história que recua até o século XVI<sup>57</sup>, à qual se seguiu o período de elaboração da doutrina jusnaturalista e a afirmação dos direitos naturais do homem, chegando, posteriormente, à fase de sua constitucionalização a partir da Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776.

Surgindo como limites ao poder do Estado absoluto, os direitos fundamentais apresentam uma continuidade e ampliação mediante o desenvolvimento de técnicas de seu reconhecimento na esfera do direito positivo e a afirmação das ideias de liberdade e dignidade humana e de sua abrangência a todas as pessoas. Nesse passo, a Magna Carta Inglesa, em 1245, em que pese ser referida como o ponto inicial para a formação dos direitos fundamentais clássicos, resente-se de um conteúdo estamental, com sua limitação a um grupo, os bispos e barões ingleses, em consonância com a visão restrita de titulares de direitos, porém, típica da época. Sarlet<sup>58</sup> assinala que as declarações de direito inglesas, do Século XVII, representaram uma evolução das liberdades e privilégios medievais e corporativos, seja pelo conteúdo das liberdades, seja pela extensão da titularidade, mas

---

<sup>56</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, Direitos Fundamentais. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2008, pp. 40-41.

<sup>57</sup> Apesar da concepção de que os direitos fundamentais não surgiram na antiguidade, o mundo antigo, por meio da religião e da filosofia, legou algumas das ideias-chave que influenciaram o pensamento jusnaturalista e a concepção do ser humano como titular de alguns direitos naturais e inalienáveis, o que fundamenta a ideia de uma pré-história. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pp.37-38.

<sup>58</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 43.

constituíam apenas limitação do poder monárquico, porque, não sendo vinculadas ao Parlamento, faltava-lhes supremacia e estabilidade.

Durante a Idade Média, afirmou-se o pensamento da igualdade dos homens e o valor fundamental da dignidade humana, seguindo uma concepção cristã e religiosa, a qual, com seu desenvolvimento, passou a assumir um caráter laico, por meio do qual se afirmou sua validade universal.

No século XVII, as obras de Hobbes e Locke cultivaram a defesa dos direitos naturais, seguindo uma concepção contratualista que vinculava os homens ao Estado, por meio da razão e da vontade.

Com o Estado Liberal de Direito, no qual se enunciou o entendimento de que o Estado é um ente político e jurídico e seus poderes devem ser definidos, limitados e controlados por meio de mecanismos constitucionais, a adoção do Constitucionalismo liberal impôs-se juntamente com a enunciação dos direitos fundamentais.

A Declaração de Direitos do Povo da Virgínia, em 1776 e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, inauguraram a fase dos direitos fundamentais constitucionais, seja pela afirmação de que os direitos do homem são as bases do Estado, seja com a proclamação de que uma sociedade em que esses direitos não são garantidos não tem Constituição.

A afirmação de direitos fundamentais é indissociável do Estado Liberal, fundado na postura individualista abstrata e no primado da liberdade, segurança e propriedade. Por efeito de reivindicações, notadamente de movimentos de trabalhadores, foram acrescentados, ao rol, os direitos econômicos, sociais e culturais<sup>59</sup>, momento que iria caracterizar o Estado Social. Os direitos fundamentais, no Estado social de Direito, além de se afirmarem pela universalidade, superando seu anterior cunho classista, apresentaram tendências comuns aos diversos ordenamentos jurídicos, as quais consistiram principalmente em: diversificação do conteúdo dos direitos, consideração do homem situado e decorrente relevância dos grupos e das pessoas coletivas, produção de efeitos sobre terceiros e ideia de aplicabilidade direta<sup>60</sup>.

Esses direitos, que surgiram como direitos do homem e de todos os homens, tiveram seu foco sobre o homem burguês, a partir da contraposição do trabalhador, como homem concreto, e tiveram a ampliação progressiva de seus enunciados para compreender as

---

<sup>59</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. Direitos Fundamentais. 4. ed. Coimbra:Coimbra, 2008, p. 27. O autor explica que os direitos econômicos servem à garantia da dignidade do trabalhador; os direitos sociais à segurança na necessidade, e os direitos culturais para lhe permitir pelo acesso à educação, a transformação da condição operária.

<sup>60</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. Direitos Fundamentais. 4. ed. Coimbra:Coimbra, 2008, pp. 35-36.

situações sociais e econômicas. Não se tratou de apenas um acréscimo de direitos, ou acumulação de gerações, ou dimensões, mas de um novo conteúdo filosófico para esses direitos que passaram da visão proprietária e individualista para a visão pessoal e socialista. Sem perda ou redução dos valores anteriores e dos direitos que eles tinham cunhado, os valores sociais introduziram a reflexão e o entendimento sobre a pessoa do trabalhador e sua realidade, com a exigência de reconhecimento e atribuição de novos direitos.

Os direitos fundamentais prosseguiram uma história que é a história da pessoa humana, com sua grandeza e sua miséria, suas alegrias e seus sofrimentos, desde si até os outros, e com os outros e o infinito do cosmos, que abre a esfera dos direitos de convivência e de fraternidade.

Constitui o marco inicial da constitucionalização dos direitos dos trabalhadores a Constituição do México em 1917, em seu artigo 123. Por meio dele, a Comissão de Constituição visou à proteção de toda atividade laboral e constituiu um novo Direito do Trabalho de profundo caráter protecionista e reivindicatório, o que, nas palavras de Trueba Urbina, resultou na proclamação, pela primeira vez, no mundo de direitos sociais e princípios de justiça social, como um autêntico direito do trabalho<sup>61</sup>. Essa norma constitucional previu a elaboração de leis, segundo as bases ali enunciadas, que contemplavam a duração da jornada, o descanso semanal, o salário mínimo, a igualdade salarial, a proteção ao salário, a proteção à maternidade, a higiene e segurança do trabalho, a responsabilidade dos empregadores por acidentes do trabalho e doenças profissionais, o direito de associação e de greve<sup>62</sup> reunindo direito do trabalho e da seguridade social.

Seus enunciados repercutiram no Tratado de Versalhes, de 1919, após a Primeira Guerra Mundial, tecendo, ao lado do discurso liberal da cidadania, o discurso social, com a atribuição ao Estado do papel de agente dos processos transformadores direcionando sua atuação para a realização dos direitos à prestação social<sup>63</sup>. Assim, caminhou-se no sentido da internacionalização de normas de direito do trabalho.

A repercussão dos direitos sociais se ampliou com a preeminência dos direitos humanos ocorrida após a Segunda Guerra Mundial. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948 incluiu, ao lado dos direitos civis e políticos, os direitos sociais, econômicos e culturais, como a concepção atual dos direitos humanos<sup>64</sup>, que são uma categoria complexa, notadamente com o surgimento de novas necessidades que são satisfeitas

---

<sup>61</sup> TRUEBA URBINA, Alberto. *Nuevo Derecho del Trabajo*. 4. ed. Mexico: Porrúa, 1977, p.128.

<sup>62</sup> Idem. pp. 99-102.

<sup>63</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva. 2010, pp.144-145.

<sup>64</sup> Idem, id.

por mecanismos exteriores à pessoa humana. O Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos aponta a aspiração da pessoa comum por viver a salvo da necessidade, como uma das suas premissas, o que tem o significado da proteção social, que se realiza mediante normas protetivas do trabalho e normas de segurança social, resguardando a pessoa da privação material.

Seguiu-se à Declaração, a adoção dos Pactos Internacionais dos Direitos Civis e Políticos e dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, com o que se fixou a natureza obrigatória de suas normas. No âmbito da Organização dos Estados Americanos, por meio do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o chamado Pacto de San Salvador, de 1988, foram enunciadas, entre outras, disposições sobre o direito ao trabalho, e condições justas, equitativas e satisfatórias, e direitos sindicais (artigos 6º a 16).

Desde 1919, a Organização Internacional do Trabalho, que surgira no Tratado de Versalhes com nova feição, apontava a necessidade de formulação dos direitos sociais e, para tanto, desenvolveu uma atuação normativa, por meio de convenções<sup>65</sup> e recomendações, as quais iriam delinear os direitos sociais, no âmbito dos Estados-membros da instituição, ou inspirar as normas integrantes do direito nacional.

Essas referências, considerados os limites estabelecidos ao tratamento do tema, guardam a pertinência às premissas de teses relativas ao exame da questão dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, âmbito em que se encontram os direitos dos trabalhadores.

A constitucionalização do Direito do Trabalho e a inclusão de um rol de direitos fundamentais nas Constituições são traduzidas como valorização e fortalecimento do trabalho e dos direitos que dele advêm para o trabalhador. Ocorre, contudo, novo movimento que busca atingir os direitos sociais: nele se insere a terceirização que se estabelece como fragmentação do trabalho e flexibilização dos direitos, com a fragilização do direito do trabalho. Daí, sobreleva considerar os direitos sociais no Brasil, com a perspectiva das normas constitucionais do país.

---

<sup>65</sup> Convenções são tratados-leis, ou normativos, com caráter multilateral e aberto, com número irrestrito de partes e aptos a ratificação sem limitação de prazo e as recomendações são diretrizes sobre tema que ainda não seja considerado conveniente ou apropriado para ser objeto de uma convenção; conforme SUSSEKIND, Arnaldo. *Direito Internacional do Trabalho*, 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.

## **2.2 As Constituições do Brasil e os direitos sociais**

### **2.2.1 As Constituições de 1824 e de 1891**

As duas primeiras Constituições do Brasil, de 1824 e de 1891, não apresentavam disposições sobre direitos sociais, seguindo o espírito de sua época e o pensamento do individualismo liberal e de uma estrutura social em que se exaltava o dogma da livre iniciativa e a supremacia dos direitos individuais<sup>66</sup>. Salienta, ainda, Magalhães<sup>67</sup>, que a Constituição de 1824 aboliu as corporações de ofício e assegurou a liberdade de trabalho, mediante a disposição de que nenhum gênero de trabalho, cultura, indústria ou comércio poderia ser proibido. Essas disposições integravam o art. 179, que enunciava a inviolabilidade dos direitos civis e políticos e sua base na liberdade, segurança individual e propriedade, e correspondem aos incisos XXIV e XXV do Título 8º (Das Disposições Geraes, e Garantias dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros). Também na Constituição de 1891, na Seção de Declaração dos Direitos, foi afirmada a inviolabilidade dos direitos concernente à liberdade, segurança individual e propriedade, e como decorrência, a garantia do livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial. Verifica-se que havia um forte traço individualista e liberal, nas disposições de ambas as Constituições, e a expressa garantia, nelas, da liberdade, segurança individual e propriedade.

### **2.2.2 A Constituição de 1934**

A constitucionalização dos direitos sociais ocorreu no Brasil na década de 1930. Com a Constituição de 1934, na linha de uma modernização conservadora, e pela característica de sua elaboração ter contado com os chamados “deputados classistas”, que compreendiam empregados, empregadores, profissionais liberais e funcionários públicos, foram estabelecidas normas nesse sentido que, no entendimento de Wolkmer<sup>68</sup>, como foi pretendida uma expressão ideológica de correlação de forças, não se mostraram adequadas como o canal político dessa modernização socioeconômica por não acompanhar o grau de conquistas como o pioneirismo dos direitos sociais.

No preâmbulo da Constituição de 1934, foi afirmado o propósito de organizar um regime democrático, para assegurar à Nação, unidade, liberdade, justiça e bem-estar social e econômico. Na declaração de direitos, quanto aos direitos e garantias individuais, foi estabelecida a inexistência de privilégios ou distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça,

---

<sup>66</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. *Constitucionalismo e Direitos Sociais no Brasil*. São Paulo: Acadêmica, 1989, pp.29-32.

<sup>67</sup> MAGALHÃES, Katia Arruda. *Direito Constitucional do Trabalho: sua eficácia e o impacto do modelo neoliberal*. São Paulo: LTr, 1998, p. 31.

<sup>68</sup> Idem, p.139.

profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças e asseguradas a liberdade de associação, livre exercício de qualquer profissão, observadas as condições de capacidade, e o direito de propriedade, subordinado ao interesse social ou coletivo conforme determinado na lei. É importante destacar a enunciação de progressão dos direitos individuais<sup>69</sup>.

Ao tratar da ordem econômica e social, a Constituição de 1934 estabelece que a organização se dá conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo a possibilitar a todos existência digna, finalidades que constituíam o limite da garantia da liberdade econômica.

Essa Constituição confere direito ao reconhecimento de sindicatos e associações profissionais<sup>70</sup> e, no art. 121, arrola como preceitos a serem observados na legislação do trabalho, além de outros que conduzam à melhoria de condições do trabalhador: salário mínimo; proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil; limite de oito horas para o trabalho diário; proibição de trabalho a menores de 14 anos; de trabalho noturno a menores de 16 e em indústrias insalubres, a menores de 18 anos e a mulheres; repouso hebdomadário, de preferência aos domingos e férias anuais remuneradas; indenização ao trabalhador dispensado sem justa causa; assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a esta descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego; instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte; regulamentação do exercício de todas as profissões; e o reconhecimento das convenções coletivas, de trabalho.

Nessa linha, ela veda a distinção entre o trabalho manual e o trabalho intelectual ou técnico, ou entre os profissionais respectivos e, de forma particular, equipara aos trabalhadores os exercentes de profissões liberais<sup>71</sup>. Nessa Constituição, houve a criação da Justiça do Trabalho.

### **2.2.3 A Carta de 1937**

Na Carta de 1937, o título da ordem econômica não menciona a ordem social e é proclamado um ideário integrado pela iniciativa individual e o trabalho<sup>72</sup>. Mesmo assim, estão

---

<sup>69</sup> Art. 114 – A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros, resultantes do regime e dos princípios que ela adota.

<sup>70</sup> Art. 120 – Os sindicatos e as associações profissionais serão reconhecidos de conformidade com a lei.

<sup>71</sup> Art. 123 – São equiparados aos trabalhadores, para todos os efeitos das garantias e dos benefícios da legislação social, os que exerçam profissões liberais.

<sup>72</sup> Art. 135- Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, da maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento

arrolados os direitos trabalhistas, que, na linha da Constituição anterior, são remetidos à legislação. Todavia, é expressa a proibição de greve e *lock-out* qualificados como recursos antissociais<sup>73</sup>.

#### 2.2.4 A Constituição de 1946

Com a redemocratização, seguiu-se a Constituição de 1946, na qual os princípios da justiça social são invocados como modelo da organização da ordem econômica, visando à conciliação da liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano, o que é complementado, no parágrafo único do art. 145, com a garantia de trabalho que possibilite existência digna.

A propriedade, garantida como direito individual tem, na ordem econômica, seu uso condicionado ao bem-estar social; e o trabalho é definido como obrigação social<sup>74</sup>.

Sobre os direitos sociais, foi estabelecido que a legislação do trabalho obedeceria ao seguinte: salário mínimo; proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil; salário do trabalho noturno superior ao do diurno; duração diária do trabalho não excedente a oito horas, repouso semanal remunerado, preferentemente aos domingos e nos feriados civis e religiosos, de acordo com a tradição local e férias anuais remuneradas; proibição de trabalho a menores de quatorze anos; em indústrias insalubres, a mulheres e a menores de dezoito anos; e de trabalho noturno a menores de dezoito anos; direito da gestante a descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do emprego nem do salário; fixação das percentagens de empregados brasileiros nos serviços públicos dados em concessão e nos estabelecimentos de determinados ramos do comércio e da indústria; estabilidade, na empresa ou na exploração rural, e indenização ao trabalhador

---

dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta. Art. 136- O trabalho é um dever social. O trabalho intelectual, técnico e manual tem direito a proteção e solícitude especiais do Estado. A todos é garantido o direito de subsistir mediante o seu trabalho honesto e este, como meio de subsistência do indivíduo, constitui um bem que é dever do Estado proteger, assegurando-lhe condições favoráveis e meios de defesa.

<sup>73</sup> Art. 139 – Para dirimir os conflitos oriundos das relações entre empregadores e empregados, reguladas na legislação social, é instituída a Justiça do Trabalho, que será regulada em lei e à qual não se aplicam as disposições desta Constituição relativas à competência, ao recrutamento e às prerrogativas da Justiça comum. A greve e o *lock-out* são declarados recursos anti-sociais nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional.

<sup>74</sup> Art. 147 – O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos. Art. 145 – Parágrafo único. A todos é assegurado trabalho que possibilite existência digna. O trabalho é obrigação social.



despedido, nos casos e nas condições que a lei estatuir; reconhecimento das convenções coletivas de trabalho; assistência sanitária, inclusive hospitalar e médica preventiva, ao trabalhador e à gestante; assistência aos desempregados; previdência, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, em favor da maternidade e contra as consequências da doença, da velhice, da invalidez e da morte; obrigatoriedade da instituição do seguro pelo empregador contra os acidentes do trabalho.

Também foi enunciada, como nas Constituições anteriores, a inadmissibilidade de distinção entre o trabalho manual ou técnico e o trabalho intelectual, e entre os profissionais respectivos, no que concerne a direitos, garantias e benefícios. Foi estabelecido, nessa Constituição, o direito à higiene e segurança do trabalho e à participação do trabalhador nos lucros da empresa, nos termos e pela forma que a lei determinar. Houve o reconhecimento do direito de greve.

### **2.2.5 A Constituição de 1967**

Foi afirmada, na Constituição de 1967, a realização da justiça social como finalidade da ordem econômica, e foram enunciados como seus princípios: liberdade de iniciativa; valorização do trabalho como condição da dignidade humana; função social da propriedade; harmonia e solidariedade entre “os fatores da produção”; desenvolvimento econômico, repressão ao uso do poder econômico.

Esta Constituição, editada no golpe de Estado de 1964, tem a manutenção dos direitos trabalhistas previstos nas Constituições anteriores, como ressalta Neves Delgado<sup>75</sup> e assegura aos trabalhadores: salário mínimo capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, as necessidades normais do trabalhador e de sua família; proibição de diferença de salários e de critérios de admissões por motivo de sexo, cor e estado civil; salário de trabalho noturno superior ao diurno; integração do trabalhador na vida e no desenvolvimento da empresa, com participação nos lucros e, excepcionalmente, na gestão, nos casos e condições que forem estabelecidos; duração diária do trabalho não excedente de oito horas, com intervalo para descanso, repouso semanal remunerado e nos feriados civis e religiosos, férias anuais remuneradas; higiene e segurança do trabalho; proibição de trabalho a menores de doze anos e de trabalho noturno a menores de dezoito anos, em indústrias insalubres a estes e às mulheres; descanso remunerado da gestante, antes e depois do parto, sem prejuízo do emprego e do salário; fixação das percentagens de empregados brasileiros nos serviços públicos dados em concessão e nos estabelecimentos de determinados ramos comerciais e

---

<sup>75</sup> NEVES DELGADO, Gabriela. *Terceirização. Paradoxo do Direito do Trabalho Contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2003, p.83.

industriais; reconhecimento das convenções coletivas de trabalho; assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva; previdência social, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, para seguro-desemprego, proteção da maternidade e, nos casos de doença, velhice, invalidez e morte; seguro obrigatório pelo empregador contra acidentes do trabalho; proibição de distinção entre trabalho manual, técnico ou intelectual, ou entre os profissionais respectivos; colônias de férias e clínicas de repouso, recuperação e convalescença, mantidas pela União, conforme dispuser a lei; aposentadoria para a mulher, aos trinta anos de trabalho, com salário integral.

Foi assegurado o exercício da greve, no entanto, houve sua proibição nos serviços públicos e atividades essenciais, definidas em lei. De outra parte, houve a declaração da liberdade de associação profissional ou sindical, com a constituição da entidade, a representação legal nas convenções coletivas de trabalho e o exercício de funções delegadas de Poder Público regulados em lei, e a obrigatoriedade de voto nas eleições sindicais.

Na Constituição de 1967, muitos dos direitos dos trabalhadores passaram a ter seu fundamento direto na norma constitucional, o que se distingue da previsão dos direitos sociais nas Constituições anteriores, em que eles eram subordinados à manifestação legislativa, com o que os direitos enunciados eram remetidos à sua inclusão na legislação do trabalho; ora, desde 1943, houvera a aprovação da Consolidação das Leis do Trabalho, por meio do Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Como esses direitos já estavam contemplados na legislação, sobressai a constitucionalização de direitos sociais, sem haver introdução de regra de aplicação direta da norma constitucional. De outra parte, houve, nessa Constituição, a inclusão do direito ao salário-família, que já estava previsto na Lei nº 4.266, de 3 de outubro de 1963, e do Fundo de Garantia, igualmente já previsto na Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966. O FGTS, como regime concorrente ao da estabilidade, com indenização ao trabalhador despedido, constituiu meio para fragilizar a proteção do trabalhador; a estabilidade com indenização, prevista desde a Constituição de 1934, passou, então, a ser um regime alternativo aos depósitos de fundo de garantia.

### **2.2.6 A Constituição de 1988**

Uma nova feição se encontra na Constituição de 1988, a partir da constatação topológica de que os direitos dos trabalhadores não são enunciados no título da ordem econômica. A relevância que lhes foi atribuída é percebida tanto pela adoção da denominação específica como por sua localização nas normas iniciais: o Capítulo II do Título Dos Direitos Fundamentais é dedicado expressamente aos Direitos Sociais, cujo rol, no art. 6º, compreende educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social,

proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados. Aqui, registra-se o entendimento de Souto Maior de que o direito social impregna todo o ordenamento, mas são direitos sociais por excelência o Direito do Trabalho, Direito da Seguridade Social e Direitos da Personalidade, interligados às relações jurídicas de natureza trabalhista e previdenciária<sup>76</sup>.

Os direitos sociais são focalizados na perspectiva do Direito do Trabalho e se destaca, na linha do entendimento de Delgado<sup>77</sup> que, além de normas específicas de direitos trabalhistas, a Constituição erige princípios que têm direta ou indireta vinculação com a relação trabalhista, como: princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da valorização do trabalho e princípio da justiça social e a regra da subordinação da propriedade à sua função social.

Marca-se, a Constituição da República de 1988, pelas profundas alterações no Direito do Trabalho, mediante a introdução da possibilidade jurídica de flexibilização, por meio da negociação coletiva, quanto ao salário e à jornada de trabalho, constituindo um marco flexibilizatório das regras heterônomas estatais<sup>78</sup> e de direcionamento à desregulamentação do mercado de trabalho. Ora, no tocante ao salário e à jornada<sup>79</sup>, elementos centrais no contrato de trabalho, como obrigações elementares das partes, abriu-se o espaço à negociação coletiva, o que induz a prevalência da negociação e o afastamento das normas da legislação.

Ademais, o sistema do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, que, desde sua introdução em 1967, era optativo, tornou-se o regime único do tempo de serviço, destruindo as possibilidades da aquisição da estabilidade pelo decurso do tempo, ao mesmo tempo em que relegava a proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa, à lei complementar. Esse mecanismo de diferimento de direitos sociais à legislação infraconstitucional aparece, também, quanto à proteção do salário, participação nos lucros, salário-família, licença-paternidade, proteção do mercado de trabalho da mulher, aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, adicional de remuneração para atividades penosas e proteção em face da automação<sup>80</sup>, que, em sua quase totalidade, não estavam previstos na legislação, nem o foram ainda.

---

<sup>76</sup> SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Direito Social, Direito do Trabalho e Direitos Humanos*. IN: *Direitos Humanos: essência do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2007, p. 24.

<sup>77</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Direitos fundamentais na relação de trabalho*. IN: *Revista LTr Legislação do Trabalho*. São Paulo, n. 70-06, jun. 2006, pp. 657-667.

<sup>78</sup> NEVES DELGADO, Gabriela. *Terceirização*. Paradoxo do Direito do Trabalho Contemporâneo. São Paulo: LTr, 2003, p.110.

<sup>79</sup> CR/88: Art. 7º (...)VI – irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo; XIII – duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; XIV – jornada de seis horas diárias para o trabalho realizado em turno de revezamento, salvo negociação coletiva;

<sup>80</sup> CR/88. Art. 7º incisos X, XI, XII, XIX, XX, XXI, XXIII e XXVII.

São promessas não cumpridas que fragilizam os direitos sociais e os deixam à deriva. Mais grave se torna porque a desigualdade social, ao se traduzir em distinção entre pessoas, põe-se em contraste com a dignidade da pessoa humana que é fundamento constitucional da República. Constituindo seu fundamento supremo, ela exige do Estado sua realização, mediante os esforços adequados ao preenchimento e institucionalização efetiva dos valores sociais do trabalho e livre iniciativa.

A Constituição da República de 1988 enuncia direitos sociais, mas inaugura um momento próprio e superior da mesma temática em enunciações passadas, por ter sua unidade filosófica e política na dignidade da pessoa humana como valor e princípio. Encimando o procedimento do Estado e as relações sociais, a dignidade da pessoa humana tem profunda repercussão no contrato de trabalho quanto ao conceito de subordinação que lhe é inerente, notadamente, com as novas formas contratuais surgidas da flexibilização.

## **CAPÍTULO III -Elementos jurídicos de dignidade da pessoa humana e a inserção social e econômica dos trabalhadores no sistema capitalista**

### **3.1 Elementos jurídicos da dignidade da pessoa humana**

#### **3.1.1 A perspectiva jurídica da dignidade da pessoa humana**

A dignidade da pessoa humana é um princípio afirmado e exaltado, nos tempos atuais, como repulsa e horror às violações contra ela cometidas durante a Segunda Guerra Mundial. O eixo histórico da humanidade se encontra no período em que nasceu a filosofia e a tendência à racionalização e o ser humano passou a ser considerado, em sua igualdade essencial; dessa maneira, surgiu o fundamento intelectual para a compreensão da pessoa humana e para a afirmação da existência de direitos universais a ela inerentes.

O desenvolvimento da elaboração teórica do conceito de pessoa, como sujeito de direitos universais, anteriores e superiores a toda ordenação estatal tem sua expressão moderna na filosofia kantiana<sup>81</sup>. A instituição dos campos de concentração nazistas e do Gulag russo trouxe a inquietação de uma realidade maligna, em que se fez possível a instalação de uma máquina de despersonalização de seres humanos, aos quais foram negadas sua dignidade e sua própria existência, conforme a reflexão de Flávia Piovesan<sup>82</sup>.

O pensamento pós-guerra enfrentou esse tema, conferindo-lhe um lugar central e a preeminência entre todos os valores concernentes ao ser humano. No Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Organização das Nações Unidas em 1948, foi consignado que “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana” constitui um dos fundamentos da liberdade, da justiça e da paz no mundo (primeiro parágrafo); adiante, foi destacado que os povos das Nações Unidas reafirmam, na Carta, sua fé “na dignidade e no valor da pessoa humana” (quinto parágrafo).

Esse mesmo texto consta no Preâmbulo dos dois Pactos Internacionais aprovados em 1966 pela Organização das Nações Unidas: um sobre direitos civis e políticos e outro sobre direitos econômicos, sociais e culturais, este usualmente designado como PIDESC, como a consideração de que a dignidade estabelece direitos iguais e inalienáveis.

Na Convenção americana, relativa aos direitos do homem, aprovada pela Organização dos Estados Americanos em São José da Costa Rica, em 1969, em vigor a partir de 18 de julho de 1978, no art. 11 (que tem por ementa “proteção da honra e da dignidade da pessoa”), está declarado, no

---

<sup>81</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

<sup>82</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

parágrafo 1-, que “toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade”.

Na Declaração dos direitos e liberdades fundamentais aprovada pelo Parlamento Europeu, em 1989, é afirmado no art. 1º (ementa: "Dignidade): “A dignidade humana é inviolável.” Também na Carta dos direitos fundamentais da União Europeia, proclamada em Nice, em 7 de dezembro de 2000, está afirmada, no art. 1º, a inviolabilidade da dignidade humana e o seu respeito e proteção, fundamentado em que ela constitui a própria base dos direitos fundamentais.

Constata-se, a partir desses documentos, que a dignidade da pessoa humana é afirmada repetidamente como princípio fundante da civilização e noção imprescindível à convivência das pessoas humanas e ao prosseguimento da sociedade.

Há, no entanto, dissenso conceitual sobre a pessoa humana como fundamento da dignidade.

A ideia da primazia da pessoa fundada na dignidade humana, tendo como cerne a noção de que o homem é um fim em si e não um meio, está centrada na filosofia kantiana. Diferente das coisas e dos animais, o ser dotado de razão é pessoa e centro de imputação jurídica, capaz de determinar suas próprias leis. Assim, enquanto as coisas têm preço, a pessoa humana tem dignidade, que é intrínseca a ela e constitui um valor absoluto. Enquanto os objetos têm valor condicional e são substituíveis ou têm equivalentes, o ser humano é único e dotado de valor intrínseco. Ele é a própria medida do seu valor, como um fim em si mesmo, único e insubstituível.

Herrera Flores, conforme anota Oliveira<sup>83</sup> afirma que a dignidade humana da mesma forma que os direitos não são isolados nem dados com anterioridade, mas são construídos passo a passo pela própria comunidade ou grupo afetado, o que os torna direitos em movimento, e como tal, podendo ser gerados ou revisados segundo uma metodologia de integração.

Realça-se, assim, a continuidade da noção e sua construção, na expressão de direitos, pela comunidade e segundo uma inter-relação. Tem-se, portanto, a distinção elaborada entre o conceito abstrato de dignidade humana que a todos é reconhecida e aquele em que a dignidade da pessoa humana é construída e concretamente considerada e que configura uma segunda vertente para esse exame conceitual.

A partir de uma concepção da pessoa humana sob uma nova ética fundada no ser

---

<sup>83</sup> OLIVEIRA, Christiana D'Arc Damasceno. *(O) Direito do Trabalho contemporâneo. Efetividade dos direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana no mundo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010, p.197.

humano como ser integrado à natureza, foi formulado um entendimento da dignidade humana como qualidade do ser vivo, ‘capaz de dialogar e chamado à transcendência’<sup>84</sup>. Esse pensamento, que tem como ponto central a existência da vida, implica a dilatação da dignidade de modo a se estender a todos os seres vivos por meio da comunhão com a natureza. Contrapõe-se-lhe o pensamento de Peces-Barba Martínez<sup>85</sup>, que vê, na consciência sobre o valor da natureza e a existência de animais evoluídos apenas uma matização da ideia de dignidade, que não altera o antropocentrismo, e constitui um reforço à sensibilidade e respeito pela natureza e pelos animais que a compõem.

Com efeito, o ser humano integrado à natureza, e para ela voltado, mantém suas características que vêm a distingui-lo e a lhe atribuir um protagonismo na vida. Ele continua como o centro do mundo e atua centrado no mundo, isto é, envolto na realidade, que traz consigo a natureza e os outros animais, ao mesmo tempo que os engenhos e instrumentos que saíram de sua inteligência e de suas mãos.

Parte-se, pois, do conceito de dignidade da pessoa humana<sup>86</sup> no qual se tem como cerne a qualidade que atribui a cada pessoa o direito a ser merecedora de respeito pelo Estado e pela comunidade, o que conforma um conjunto de direitos e deveres que constitui obstáculo a todo e qualquer ato degradante ou desumano e, ao mesmo tempo, serve para assegurar as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, em interação com os demais seres humanos.

Com base em Podlech, Sarlet<sup>87</sup> afirma que a dignidade, sob o aspecto de tarefa, prestação imposta ao Estado demanda que as ações estatais tanto se destinem à preservação e respeito da dignidade como à sua promoção, mediante a criação de condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade, investigando-se em que medida é

---

<sup>84</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana*. IN: *Estudos e pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva.2004, p. 5 distingue entre a concepção insular na qual o homem é o único sujeito dotado de razão e vontade e a natureza, à qual é superior, é apenas, objeto e a concepção integral da dignidade humana, tendo como pressuposto a vida e que se realiza na integração com os demais seres vivos.

<sup>85</sup> PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, 2 ed., Madrid: Dykinson, 2003.

<sup>86</sup> Como dignidade da pessoa humana, enuncia SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*, 7. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.67, “a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.”

<sup>87</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível*. IN: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) *Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

possível ao indivíduo realizar, por si mesmo, parcial ou totalmente, suas necessidades existenciais básicas ou se, para essa realização, ele depende do Estado.

A versão do neocapitalismo e a perspectiva neoliberal tem como postulado a redução da atuação do Estado nas relações sociais. É o Estado mínimo, reedição tecnológica do *laissez faire*. A lei regente das relações sociais se torna um ditame do mercado. Os efeitos dessa política são conhecidos, com o empobrecimento da maioria e concentração de rendas, tanto das pessoas como de Estados. Somente pode ser encontrado um contraponto com a assunção, pelo Estado, de um papel de promoção da atividade econômica, levando ao equilíbrio das relações sociais ou reduzindo as gritantes desigualdades sociais, o que constitui uma exigência da dignidade da pessoa humana, seja mediante a consideração dos pressupostos materiais mínimos para a vida, seja com a possibilidade da realização de projetos de vida. Daí, a necessidade de uma política de regulação que incida sobre as novas relações de trabalho, pois a autonomia coletiva não se mostra eficaz para, por si mesma, promover o equilíbrio da atividade econômica, que tem ganho foros, não apenas de legitimidade, mas de centro exclusivo de poder; como alude Monereo Perez<sup>88</sup>, ocorre o “*laissez faire colectivo*”.

Em uma das mais comentadas obras sobre a sociedade atual, em seu viés de economia e trabalho, da qual ficou emblemática a expressão “fim dos empregos”, seu título, com a afirmação do declínio inevitável dos níveis dos empregos e a redução da força global do trabalho, Rifkin<sup>89</sup> aponta um futuro com o fortalecimento do terceiro setor e da economia social, sobre a economia material e afirma que o estabelecimento de uma alternativa ao trabalho formal na economia de mercado é tarefa crítica para cada país. Nas linhas finais dessa obra, ele sentencia o fim do trabalho como a morte da civilização do trabalho que se conhece ou a transformação social e renascimento do espírito humano. Trata-se de uma visão que exclui a centralidade do trabalho, como forma de sociabilidade e vida, na mesma linha de pensamento de André Gorz<sup>90</sup>.

Em outro giro, tem-se o enfoque do neoliberalismo, como uma doutrina estruturada e bem definida, com propósito de criação de um novo sistema político e econômico, em que as forças do trabalho, da produção e os trabalhadores são destituídos de valor e importância, e é apresentado como uma nova fase do capitalismo, com variantes, a partir da sua enunciação

---

<sup>88</sup> MONEREO PÉREZ, Jose Luis. *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho flexible del Trabajo*. Valencia. Tirant lo blanch. 1996, p.39.

<sup>89</sup> RIFKIN, Jeremy. *O fim dos empregos*. Tradução de Ruth Gabriela Bahr. São Paulo: Makron Books. 1995.

<sup>90</sup> GORZ, André. *Misérias do presente, riqueza do possível*. Tradução de Ana Montoia. São Paulo: Annablume, 2004.



por Hayek, em uma formulação mais extremada e radical de plena liberdade do mercado, até a aplicação atual dessa teoria e sua expansão, mediante formas e projetos diversos, embora em todos a supremacia do mercado surja como ideia forte e central. Anderson<sup>91</sup> adverte que os fundamentos do neoliberalismo apontam para os elementos embaixadores de uma política apta a superá-lo, entre os quais, o princípio da igualdade, como critério central de uma sociedade livre e com mais democracia, que compreenda e promova a participação de todos, com a superação das limitações decorrentes da falta de trabalho, de educação, dos recursos materiais.

Nesse sentido, o reconhecimento expresso da dignidade humana como fundamento do Estado constitui uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, e, especialmente, o reconhecimento de que o Estado existe em função da pessoa humana, que é a finalidade precípua da atividade estatal, embora se veja constituir uma declaração formal sem alçar sua efetividade. Daí, na linha do pensamento de Sarlet<sup>92</sup> afirma-se que a dignidade como prestação segue em direção ao Estado e não no sentido de uma condição conquistada pela ação concreta do indivíduo, entendimento adotado por uma parte da doutrina<sup>93</sup>.

Ou, considerando a dignidade da pessoa sob os aspectos inseparáveis dela em si mesma, no respeito para consigo própria, em sua autoestima e da indisponibilidade da pessoa em relação aos outros, nos quais deve encontrar o reconhecimento de sua dignidade. O diálogo e a presença do outro se põem como elementos para a exteriorização da dignidade da pessoa humana.

Em múltiplos conceitos propostos sobre essa dignidade e que são formulados sob

---

<sup>91</sup> ANDERSON, Perry. *Além do neoliberalismo*. IN: Sader, Emir. Gentili, Pablo (org) *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o estado democrático*. 4 ed., São Paulo: Paz e Terra, 1998.

<sup>92</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009, pp. 53-54

<sup>93</sup> STARCK, Christian. *Jurisdicción Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson. s.d., pp.43-44: Conforme a una interpretación sociológica de la dignidad, que se refiere también de forma inequívoca a la protección de la dignidad por la Ley Fundamental, el hombre no es investido con dignidad ‘por la naturaleza’, más bien debe determinar personalmente la dignidad (dignidad com el resultado del esfuerzo). Esto recuerda a la dignitas romana, el rango social de un hombre que se alcanza por meio de cargos y esfuerzo, y tiene aún certa ressonância en nuestra vivión de ‘dignidad’ en su sentido de cargo. Si se comprende la dignidad como esfuerzo no tiene por qué asegurarla el Estado, sino tan solo garantizar las condiciones del esfuerzo o el resultado. Pero también tiene que ser asegurado que aquéllos que no consiguen la dignidad por su esfuerzo, no queden sin dignidad. ? Quién decide entonces conforme a qué criterios individuales o generales? En el trabajo *Die versprochene Menschenwuerle* (la prometida dignidad humana) de Hasso Hofmann, la dignidad se constituye através de un reconocimiento social, a partir de la valoración positiva de las pretensiones de respecto sociales, y la deriva, en consecuencia, como un concepto de comunicación. Con ello, Hoffmann hace depender la validez de la dignidad humana de condiciones efectivas y jurídicas y subestima la significación del principio jurídico de dignidad humana.” No trecho, Starck menciona, em notas: quanto à dignidade como esforço, LUHMANN, em *Grundrechte als Instituciones*, 1965, p. 68; PODLECH, *Altgternativkommentar zum Grundgesetz I*, Art. 1, nota 1 al margen 11; GEDDERT-STEINACHER, *Menschenwurde als Verfassungsbegriff*, 1990, p. 116 e UNRUH, *Des Verfassungsbegriff des Grundesgesetzes*, 2002, p. 371, ss.

diferentes prismas, filosófico, ético, sociopolítico e jurídico<sup>94</sup>, estão incluídos dois outros termos: a integridade e a inviolabilidade da pessoa humana. Deve-se, também, acrescentar a esses termos a solidariedade, como pertinente à relação com o outro e o reconhecimento do outro, mediante a adoção de um sentido que remonta ao pensamento sobre a dignidade humana no Renascimento<sup>95</sup>.

Para estabelecer a natureza da dignidade da pessoa humana, existem duas correntes: numa delas, a dignidade é um valor, e não uma norma jurídica; segundo a outra, ela é um direito fundamental e dela se irradiam pretensões subjetivas. Essas correntes implicam as concepções de sua proteção. Seu exame, a seguir, destaca que, no ordenamento jurídico brasileiro, pode-se afirmar que a dignidade da pessoa humana é uma norma jurídica, expressa como fundamento da República e que se desdobra como direito à existência digna, conforme o art. 170 da Constituição da República Federativa do Brasil.

### **3.1.2 As concepções doutrinárias de proteção à dignidade da pessoa humana**

A proteção à dignidade da pessoa humana tem sua análise orientada por duas concepções: uma, ampla, de cunho individualista e ligada a cada indivíduo isoladamente; e outra, específica, na qual se considera a espécie e tem a humanidade, e não o ser humano em si, como depositário da dignidade, o que pode levar, em casos extremos à proteção do indivíduo contra si mesmo. Nessa segunda vertente, o olhar sobre a dignidade propõe um enfoque da ordem pública e da eficácia vertical do valor que vai incidir na relação entre cidadão e Estado. Desse modo, a concretização da dignidade da pessoa humana exige do Estado uma atitude positiva, voltada para a realização de direitos que concorrem para a efetivação do mínimo existencial e do projeto de vida.

Nessa linha de entendimento, estabelece-se no princípio da dignidade humana a identificação de um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas só por sua existência no mundo o que se relaciona tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência. Daí, a noção do mínimo existencial como núcleo desse princípio, o qual atua como regra para se sobrepor à indeterminação conceitual.

<sup>94</sup> ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr. 2005, p. 141.

<sup>95</sup> “Esta condición de hombre centro del mundo y dotado de razón, signo de nuestra dignidad, será para Vives el fundamento de la lucha contra la pobreza y de la cooperación para ayudar a los que no tienen satisfechas sus necesidades, por eso nadie debe ignorar ‘...que no ha recibido para su uso y exclusiva comodidad, ni el cuerpo, ni el alma, ni la vida, ni el dinero, sino que es su despenseiro y escrupuloso repartidor...’ (...) Ese punto de vista arraigará en la modernidad como sustento moral de la igualdad material, y será la base de una construcción racional de la ética pública democrática, que sitúa a la dignidad humana como cimiento o regla primera de la convivencia en una sociedad bien ordenada. Es el origen lejano de los derechos sociales y del Estado social.” PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, 2.ed., Madrid: Dykinson, 2003, p.36.

Tem-se a fundamentalidade de certos valores e um elo entre direitos fundamentais sociais, vida e dignidade da pessoa humana, como constitutivos de referências às necessidades existenciais de todo e qualquer indivíduo, do que decorre a necessidade do reconhecimento de um mínimo existencial que tem sentido material, como o salário mínimo dos trabalhadores, de que é uma dimensão, e um mínimo sociocultural, no qual radica o princípio da igualdade com conteúdo material.

A pessoa humana é um valor e o fundamento dos direitos humanos, os quais não estão delimitados ou restritos à enunciação dos direitos fundamentais, feita na Constituição da República. A realização e respeito à dignidade, a partir da vida como seu pressuposto, demanda que o indivíduo tenha seus direitos fundamentais observados e realizados, no que o valor básico da existência do homem não pode prescindir do reconhecimento de que o projeto de vida se realiza na comunidade, no estar com os outros, na solidariedade.

A Constituição da República Federativa do Brasil proclama, como fundamento da República e do Estado Democrático de Direito nela constituído, a dignidade da pessoa humana, conforme o art. 1º, inciso III. Trata-se de uma declaração, sobre a base preexistente da pessoa humana, em si e com os seus iguais, pelo que a proclamação constitucional se destina a instituí-la como centro do Estado, para o qual deve convergir toda a atividade mediante os poderes estatais. Diz Barroso que esse princípio “se tornou o centro axiológico da concepção de Estado democrático de direito e de uma ordem mundial idealmente pautada pelos direitos fundamentais”<sup>96</sup>.

Esse dispositivo constitucional tem dois núcleos: a pessoa humana e a dignidade, os quais estão estritamente vinculados, na medida em que a dignidade constitui atributo intrínseco da pessoa humana, como valor em si mesma, o qual não pode ser traduzido em comparação, preço ou equivalência<sup>97</sup>. Daí, a necessidade de que haja sua densificação valorativa, indo além de uma ideia *a priori*, sobre o homem em face dos direitos pessoais clássicos, para também considerar que a dignidade da pessoa humana constitui uma totalidade, na qual estão incluídos os direitos sociais, reconhecendo sua integridade na personalidade individual e social, com os correlatos direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais.

---

<sup>96</sup> BARROSO, Luis Roberto. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. IN: Barroso, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*, Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.48.

<sup>97</sup> SILVA, José Afonso. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros. 2005, p. 38.

Para Sarlet<sup>98</sup>, a dignidade humana tem dimensões, nas quais devem ser consideradas a complexidade da própria pessoa humana e do meio em que desenvolve sua personalidade, pois o conteúdo dessa dignidade não reside apenas em aspectos mais ou menos específicos da existência humana, como a integridade física, intimidade, vida, propriedade, indo além para se expressar na qualidade tida por muitos como inerente a todo e qualquer ser humano, da existência de um valor próprio que identifica o ser humano como tal.

As dimensões da dignidade da pessoa humana compreendem a dimensão ontológica, ainda que não exclusivamente biológica e a dimensão comunicativa e relacional como o reconhecimento pelo outro. Na dimensão comunicativa e relacional da dignidade da pessoa humana, tem-se, com o reconhecimento pelo outro, a dimensão comunitária, ou social, da dignidade de cada pessoa e de todas as pessoas, fundada no seu reconhecimento como iguais em dignidade e direitos, sob a circunstância de conviverem em determinada comunidade. Ou, como expressou Arendt,<sup>99</sup> a natureza relacional e comunicativa da pessoa humana se dá em sua essencial unicidade, em que cada pessoa humana é credora de um dever de igual respeito e proteção no âmbito da comunidade humana, pois “a pluralidade é a condição da ação humana pelo fato de sermos todos os mesmos, isto é, humanos, sem que ninguém seja exatamente igual a qualquer pessoa que tenha existido, exista ou venha a existir.”

Essa pluralidade remete ao exercício dos direitos econômicos, sociais e culturais; relembra-se que, enquanto nos direitos civis e políticos há uma atividade de abstenção do Estado, nos direitos sociais é exigida uma atitude positiva de ação e de promoção. Dentro deste contexto, indaga-se sobre a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, remetendo-o às relações entre particulares e à eficácia horizontal no mundo do trabalho, tanto mais premente porque a glorificação do trabalho durante um período se depara agora, com a redução e fragmentação dos trabalhadores e sua despersonalização e invisibilidade, pois o desfazimento da ideologia do trabalho reduziu as cabeças a ficarem sem atividade de trabalho e sem atividade de pensar.

A dignidade da pessoa humana aparece em face da evidência das desigualdades sociais, enquanto a liberdade e igualdade são aspectos desse conceito. Indaga-se, portanto, no mundo do trabalho, sobre a limitação da autonomia privada e o conseqüente efeito externo dos direitos fundamentais.

Uma vez que, na dignidade da pessoa humana, são aspectos inseparáveis a pessoa em

---

<sup>98</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível*. IN: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pp. 15-43.

<sup>99</sup> ARENDT, Hanna. *A condição humana*. 10. ed. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 16.

si mesma e no respeito para consigo própria e em sua autoestima e a indisponibilidade da pessoa em relação aos outros, nos quais deve encontrar o reconhecimento de sua dignidade, o diálogo e a presença do outro se põem como elementos para a exteriorização dessa dignidade.

Da necessidade de vivência com o outro, do recíproco reconhecimento da dignidade que há no outro e no respeito que a essa dignidade do outro é devido, surge como corolário a solidariedade<sup>100</sup>.

Em suas reflexões sobre a dignidade da pessoa humana segundo a filosofia do direito, Peces Barba Martinez<sup>101</sup> afirma que a dignidade implica a socialidade e constitui forma de organizar a igualdade, com respeito às diferenças, e derivada da condição relacional. Seu entendimento destaca a liberdade solidária que relaciona ao valor da solidariedade para a ética pública política e como valor constitutivo da ética pública jurídica.

Tem-se na solidariedade um princípio da sociedade, o que está afirmado no art. 3º da CR/88, ao dispor, como objetivo fundamental da República do Brasil, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. A pessoa humana integrada em uma comunidade e em uma dimensão relacional e comunicativa atrai e vivifica a relação de solidariedade<sup>102</sup> pois a liberdade da pessoa humana vai além de um conteúdo individual, haja vista que, a convivência com os outros, também implica o reconhecimento e promoção da liberdade do outro.

Daí, porque, na esteira do pensamento de Sarlet<sup>103</sup>, tem-se que, a partir da perspectiva ontológica e relacional, pelas quais a pessoa humana tem na dignidade um valor que lhe é próprio, que diz respeito a todos e a cada um, e acrescentando a perspectiva que envolve a dimensão negativa (defensiva) e positiva (prestacional), encontra-se na dignidade humana a qualidade intrínseca em razão da qual cada ser humano é merecedor de respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade. Isso deve acontecer mediante um complexo de direitos e deveres fundamentais, por meio dos quais a pessoa não seja exposta ou atingida por atos de cunho degradante e desumano e tenha garantidas as condições

---

<sup>100</sup> Este é o entendimento manifestado por Maria Celina Bodin de Moraes, que Sarlet matiza, no sentido de que o vínculo entre solidariedade e dignidade implica, inversamente, que a dignidade atrai o dever de solidariedade. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 122 nota 315.

<sup>101</sup> PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, 2. ed., Madrid: Dykinson, 2003, p.77.

<sup>102</sup> “A liberdade do ser humano não se esgota na liberdade individual, mas continua e completa-se com a liberdade dos outros, a ninguém sendo permitido violar a dignidade humana e os direitos fundamentais de outrem.” ABRANTES, José João. *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 205.

<sup>103</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível*. IN: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Dimensões da dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009, pp. 20-37.

existenciais mínimas para sua vida, com as quais possa ter participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunidade, seguindo uma convivência que realize a existência digna na qual estão presentes os valores da justiça social.

Mesmo procurando fixar esses contornos, depara-se a impossibilidade de alcançar uma definição precisa do âmbito de proteção ou de incidência da dignidade da pessoa humana, como norma jurídica. Nessa linha de raciocínio, expendida por Sarlet<sup>104</sup>, o sentido e operacionalidade do preceito da dignidade da pessoa humana se dá na aplicação, em face do caso concreto, o que propõe uma definição aberta, ainda que minimamente objetiva. A diretriz para essa elaboração, destinada a revestir o conceito de certo grau de segurança e estabilidade jurídica, encontra-se no respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano e na garantia das condições mínimas para uma existência digna, mediante a limitação do poder e o respeito à liberdade, à igualdade, em direitos e dignidade. Assim sendo, trata-se de uma cláusula aberta, sem conteúdo prefixado, que se concretiza mediante os julgamentos que os indivíduos fazem da admissibilidade ou inadmissibilidade das manifestações da autonomia humana.

Considerada, a dignidade da pessoa humana, como núcleo dos direitos humanos e enunciada na Constituição da República, como fundamento do Estado e da ordem jurídica, sua observância não pode ser postergada e a eficácia da norma constitucional se impõe, seja no sentido vertical e no âmbito da relação com o Estado, seja no sentido horizontal com incidência nas relações entre particulares.

A extensão e intensidade de sua aplicação e da eficácia mediata, em que os entes privados estão diretamente vinculados a ela, mediante princípios gerais como os princípios da boa-fé e do abuso de direito, é permeada ainda pela eficácia imediata quando há uma posição de poder ou autoridade. Nas relações assimétricas, mais ainda quando há um exercício de poder que a caracteriza, como a subordinação no contrato de trabalho, a possibilidade de desrespeito à dignidade da pessoa humana avulta. Daí a imperiosidade de sua aplicação nas relações entre os particulares e por conseguinte, na relação entre empregador e trabalhador.

Bodin de Moraes<sup>105</sup> diz:

O substrato material da dignidade desse modo entendida pode ser desdobrado em quatro postulados: i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; ii)

---

<sup>104</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível*. IN: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Dimensões da dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009, pp. 20-37.

<sup>105</sup> BODIN DE MORAES, Maria Celina. *O princípio da dignidade humana*. IN: BODIN DE MORAES, Maria Celina (coord.) *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar. 2006, p.17.

merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado.

São corolários desta elaboração os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral – psicofísica -, da liberdade e da solidariedade. De fato, quando se reconhece a existência de outros iguais, daí dimana o princípio da igualdade; se os iguais merecem idêntico respeito à sua integridade psicofísica, será preciso construir o princípio que protege tal integridade; sendo a pessoa essencialmente dotada de vontade livre, será preciso garantir juridicamente, esta liberdade; enfim, fazendo ela, necessariamente, parte do grupo social, disso decorrerá o princípio da solidariedade social.

Ainda segundo Moraes,

Desse modo, não há um número fechado (*numerus clausus*) de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa, sem limites, salvo aqueles postos no seu interesse e no interesse de outras pessoas humanas. Nenhuma previsão especial pode ser exaustiva, porque deixaria de fora, necessariamente, novas manifestações e exigências da pessoa que, com o progredir da sociedade, passam a exigir uma consideração positiva. Evidentemente, não se restringe tal concepção ao momento patológico, ao momento da reparação de dano já causado, mas põe-se a serviço da proteção e da promoção humana em todas as suas relações. Daí sustentar-se que a personalidade humana é valor, um valor unitário e tendencialmente sem limitações. Assim, não se poderá, com efeito, negar tutela a quem requeira garantia sobre um aspecto de sua existência para o qual não haja previsão específica, pois aquele interesse tem relevância ao nível do ordenamento constitucional e, portanto, tutela também em via judicial.<sup>106</sup>

Ora, se o princípio da dignidade da pessoa humana se realiza em princípios da igualdade, liberdade e solidariedade, e uma vez que ele deve ser aplicado nas relações com o

---

<sup>106</sup> BODIN DE MORAES, Maria Celina. *O princípio da dignidade humana*. IN: BODIN DE MORAES, Maria Celina (coord.) *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.54.

Estado e com os particulares, pois, sob nenhum pretexto, o homem pode servir de meio para o uso arbitrário da vontade de outrem, o desempenho das funções sociais em que há uma relação assimétrica e a sujeição funcional, exige que seja examinada a existência de uma conduta em que o outro possa ser coisificado.

Tal entendimento determina que haja urgente e profunda reflexão a seu respeito no âmbito das relações de trabalho, porque, após a reificação do trabalho, instaura-se a coisificação do trabalhador, como instrumento e objeto do contrato. Não se pode perder de vista, sob o prisma da dignidade da pessoa humana que, na relação de trabalho, o empregador deve exercer os poderes, diretivo, organizacional e disciplinar, de modo adequado ao respeito à dignidade do trabalhador, o que se conjuga ao princípio da função social da propriedade e, pois, da empresa (art. 170, inciso III, da CR/88).<sup>107</sup>

### 3.1.3 A dignidade da pessoa humana e as relações de trabalho

A dignidade da pessoa humana suscita, na esfera das relações de trabalho, a discussão sobre o trabalho escravo, ou condição análoga à de escravo, o que também levanta a questão sobre a modalidade do trabalho em condições degradantes, ou seja, o trabalho em que existem condições indignas e iníquas, nas quais, sem haver cerceamento da liberdade de contratar, há cerceamento da liberdade no conteúdo do contrato. Essa é uma leitura em face do disposto no art. 149, Código Penal<sup>108</sup>, no qual trabalhos forçados ou jornada exaustiva são espécies da figura “redução à condição análoga à de escravo” a que se acrescenta a sujeição a condições degradantes de trabalho.

Ora, a dignidade, no seu conteúdo de liberdade, autodeterminação e autonomia, que se apresenta como o direito da pessoa de se modelar e de se fazer, por si mesma, também provoca reflexão frente às novas modalidades de trabalho. A precarização dessas relações investe contra um projeto de vida para o trabalhador, em que se estabeleçam condições

<sup>107</sup> OLIVEIRA, Christiana d’Arc Damasceno. *(O) Direito do trabalho contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2010.

<sup>108</sup> Art. 149. Reduzir alguém à condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com empregador ou preposto:

Pena- reclusão de dois a oito anos, além da pena correspondente à violência.

§ 1º - Nas mesmas penas incorre quem:

I – cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;

II – mantém vigilância ostensiva no local de trabalho, ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;

§ 2º - A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido:

I – contra criança ou adolescente;

II – por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.



mínimas existenciais. Sendo os direitos sociais parte dos direitos fundamentais, sua realização vai também se conectar com a observância do princípio da dignidade da pessoa humana.

Para Starck<sup>109</sup>, embora não possam ser fixadas pautas de vida humana e da dignidade, como conceito concreto para o mundo do trabalho ou o da economia, de modo a atenuar os métodos e efeitos da produção do mundo do trabalho industrial, a dignidade ainda que não seja afetada pelas condições difíceis em que o trabalho é exercido, pode, todavia, ser afetada pela falta de trabalho, isto é, pela situação do trabalhador desempregado. Em outro enfoque, Barcellos<sup>110</sup> afirma que a dignidade da pessoa humana é uma noção que contém vários conteúdos, entre os quais, os direitos sociais, culturais e econômicos; ora, os direitos sociais constituem os direitos dos trabalhadores, conforme a denominação do Capítulo II do Título dos Direitos e Garantias Fundamentais na Constituição da República.

A nova ética sobre a pessoa humana propugna como pressuposto de sua dignidade o preceito da intangibilidade da vida humana, segundo o conjunto de condições – físicas, materiais e culturais, que expressam o estar no mundo e participar nas condições de solidariedade e relações com os iguais, como direitos à liberdade e à igualdade.

A desigualdade social, no Brasil, e a assimetria da relação trabalhista, na qual se tem uma relação de poder privado como premissa, e a pessoalidade do trabalhador como característica contratual, se traduzem em que a vinculação aos direitos fundamentais e a proteção à dignidade da pessoa humana são pilares para o preceito constitucional de uma sociedade igual e solidária.

## **3.2 As garantias mínimas de comportamento nas relações laborais**

### **3.2.1 A dimensão dos direitos econômicos e sociais**

A inserção econômica e social da pessoa humana tem, no trabalho, um fator de valorização e sociabilidade, pois o trabalhador cria laços e estabelece sua identidade social ao encontrar sentido e finalidade para sua ação<sup>111</sup>. Os direitos econômicos, sociais e culturais integram a segunda geração ou dimensão dos direitos e, com o Estado Social de Direito, passaram a constar nos documentos jurídicos. O passo mais largo e abrangente foi dado pela Organização Internacional do Trabalho, a partir de sua Constituição, na qual firmou o conceito de que o trabalho não é mercadoria; em seguida, por meio das Convenções, foram

---

<sup>109</sup> STARCK, Christian. *Jurisdição Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson. s.d., pp.150-151.

<sup>110</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 181.

<sup>111</sup> NEVES DELGADO, Gabriela. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*. São Paulo: LTr, 2006, pp.134-135.

estabelecidas normas legais sobre os aspectos mais prementes do trabalho: duração da jornada, idade para o trabalho e igualdade no trabalho.

Outros documentos internacionais, como o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, e, no continente americano, o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Pacto de San Salvador, de 1988, afirmaram, entre outros direitos, disposições sobre o direito ao trabalho, condições justas, equitativas e satisfatórias, direitos sindicais, sob cláusula de sua consecução progressiva, na medida dos recursos disponíveis.

Em maior ou menor extensão, esses direitos passaram a compor os textos constitucionais e assim se desenvolveram, ainda que, por muito tempo, como enunciado apenas formal, sem alcançarem sua efetividade e eficácia no mundo dos fatos e das relações de trabalho.

A Organização Internacional do Trabalho<sup>112</sup>, em face da visão reducionista da proteção ao trabalho decorrente da globalização e da reestruturação das relações produtivas, expediu Recomendação, na qual é destacado que a legislação laboral visa a solucionar a desigualdade entre as posições de negociação das partes em um contrato de trabalho e que a proteção dos trabalhadores é a essência da atuação desse organismo. Esta se mostra mais premente diante da globalização da economia e da incerteza sobre a relação de trabalho, a qual deve se resolver com o estabelecimento, pelos Estados-Membros, de uma política nacional legislativa de proteção efetiva dos trabalhadores, definida segundo as normas internacionais.

A tendência da flexibilização dos direitos constitui uma revisão dos direitos sociais em sentido oposto ao que lhes era conferido: sua redução se torna um tema percutido com insistência. É nesse contexto, que Teixeira e Barroso<sup>113</sup> falam do princípio do não retrocesso atribuindo-lhe a feição de princípio de resistência à flexibilização e suas consequências. Na esfera dos direitos sociais trabalhistas, e em meio à multiplicidade de propostas que vão da desregulamentação à flexibilização, o acervo dos direitos obtidos e reconhecidos no Estado Social de Direito é alvo de investidas para destruí-lo, ou reduzi-lo. Diante disso, há grande preocupação com a manutenção desse acervo e de sua efetividade em situações como a da terceirização que, precarizando a relação de trabalho, reduz o acesso e desfrute desses direitos.

---

<sup>112</sup> Recomendação sobre a relação de trabalho 198, 2006.

<sup>113</sup> TEIXEIRA, Sérgio Torres. BARROSO, Fabio Tulio. *Os princípios do direito do trabalho diante da flexibilidade laboral*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho 75 n° 3, jul/set/2009. Porto Alegre: Magister, 2009, p. 69.

### 3.2.2 A proteção dos direitos fundamentais contra o legislador

Proteger os direitos fundamentais contra o legislador é a questão que surge diante da possibilidade de o legislador infraconstitucional retroceder quanto aos direitos sociais e a sua implementação, e significa o não reconhecimento ao legislador do poder de dispor do conteúdo essencial dos direitos fundamentais sociais em sua concretização legislativa<sup>114</sup>.

A proibição de retrocesso social está vinculada ao princípio da democracia econômica e social que constitui, segundo Canotilho<sup>115</sup>, um mandato constitucional juridicamente vinculativo limitador da discricionariedade na atuação legislativa.

O significado da proibição do retrocesso, ou regra da não reversibilidade social, corresponde à atribuição aos direitos sociais e econômicos da função de garantia institucional e natureza de direito subjetivo. Nesse sentido, uma vez estabelecida pelo legislador a norma que dá concretude a um direito social, surge, para ele, o dever de manutenção do direito subjetivo decorrente<sup>116</sup>.

O reconhecimento da existência de proibição do retrocesso social não é objeto de dúvidas<sup>117</sup> no entanto pende discussão sobre sua natureza: tratar-se de um princípio ou de um problema de aplicação das normas constitucionais. Miranda<sup>118</sup> explica ter considerado, inicialmente, que se tratava de um princípio, mas uma vez que há a conexão do não retorno da concretização com o princípio da tutela da confiança e, notadamente, por força do reconhecimento de sua vinculação ao princípio da eficácia jurídica dos direitos fundamentais, concluiu que essa formulação não tinha autonomia para ser tida como princípio. A partir desse enfoque, afastou a proibição de retrocesso social, para conferir o sentido de consequência da força normativa da Constituição, em razão de que, se o legislador concretiza normas constitucionais que não são exequíveis por si mesmas, ele obedeceu à Constituição em promover sua realização e não pode retornar ao estado anterior de omissão.

<sup>114</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 443.

<sup>115</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, 5. ed., Coimbra: Almedina, 1991, p.474.

<sup>116</sup> Idem. p.553: no acórdão do TC nº 39/84 (DR, I,5-5-1984) constou o fundamento incisivo de que: “a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixa de consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar ou passar também a ser uma obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a actuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social”.

<sup>117</sup> SARLET, Ingo. *Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição do retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais*. CANOTILHO, J.J.Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. CORREIA, Érica Paula Barcha. (coord.) *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.93.

<sup>118</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. Direitos Fundamentais. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2008, p. 435.

Barcellos<sup>119</sup> aduz que a vedação do retrocesso diz respeito aos princípios e pode ser considerada uma derivação ou aprofundamento da eficácia negativa.

Por sua vez, Barroso<sup>120</sup> tem o entendimento de que a vedação do retrocesso é um princípio implícito, decorrente do sistema jurídico-constitucional, pelo qual, a regulamentação de mandamento constitucional resulta na incorporação dele ao patrimônio jurídico da cidadania, especialmente os de cunho social, e se faz vedado o ataque à efetividade da norma, alcançada por meio de sua regulamentação.

No mesmo sentido, é a manifestação de Sarlet<sup>121</sup> que afirma o caráter implícito da proibição de retrocesso, tendo-o como referido ao sistema constitucional como um todo, incluídos os direitos fundamentais e não apenas os direitos fundamentais sociais e o direito internacional dos direitos humanos.

Nota-se, pois, um consenso doutrinário sobre a observância da proibição do retrocesso, residindo as divergências em estabelecer sua natureza e alcance, isto é, aplicabilidade.

Na medida em que os direitos e garantias individuais foram alçados à condição de cláusulas pétreas, conforme o disposto no art. 60, § 4º, IV da Constituição da República<sup>122</sup>, estabelecendo limites materiais à reforma constitucional que venha a afetá-los e que se encontra no art. 5º, § 1º<sup>123</sup> da Constituição, a afirmação da máxima eficácia das normas de direitos fundamentais, há no sistema a vedação de promoção de medidas que suprimam ou modifiquem a substância de direitos sociais. Nesse conjunto, inclui-se a norma da Constituição da República<sup>124</sup>, pela qual os direitos dos trabalhadores são enunciados com a nótula de serem destinados à melhoria de sua condição.

De outra parte, as noções e princípios como os da proteção da confiança e segurança jurídica, que atraem, por sua vez, a perspectiva do direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, todos como objeto de norma constitucional específica (art. 5º, XXXVI), são institutos destinados à proteção das situações individuais ocorridas e se situam no pretérito. São os atos já praticados e cujos efeitos se incorporaram ao patrimônio das pessoas, conferindo-lhes um interesse, que ficam postos a salvo das modificações posteriores.

---

<sup>119</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

<sup>120</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 152.

<sup>121</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Notas sobre a assim chamada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho 75 n° 3 jul/set 2009. Porto Alegre: Magister, 2009.

<sup>122</sup> Art. 60 - § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV – os direitos e garantias individuais.

<sup>123</sup> Art. 5º - § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

<sup>124</sup> Art. 7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social.

Na proibição do retrocesso, encontram-se as situações futuras e se preserva o presente, para que ele não seja alterado para pior. Sob essa diretriz, forma-se a oposição entre direito/não-direito ou avanço/retrocesso: o direito afirmado, constitucional ou infraconstitucionalmente, que resulte em maior atribuição econômica e social, encontra oposição na revogação da norma concretizadora.

O que foi concretizado como expressão das normas de direitos fundamentais passa a compor o patamar dos direitos que devem ter progressividade e, pode-se falar mais, universalidade. Basta considerar um direito concretizado para uma determinada classe de pessoas, que, por sua repercussão social, causadora de uma situação melhor, pode ser objeto de outra norma para levar a sua aplicação a outros grupos igualmente vulneráveis ou hipossuficientes. Não é demais lembrar que os subsistemas sociais estabelecem situações específicas, mas que eles são intercomunicantes, portanto, dialogam entre si, e esse diálogo pode ser frutífero na construção de melhores condições sociais dentro do sistema jurídico, sendo consideradas a pessoa humana concreta e a multiplicação de direitos para contemplar essas mudanças.

O entendimento de que a vedação do retrocesso constitui um princípio que, a partir do texto constitucional, vai assegurar a eficácia do projeto de criação de uma sociedade justa e solidária e permitir a concretização dos direitos que dizem respeito às situações de inferioridade, corresponde a robustecê-lo, propiciando sua expansão para alcançar as mudanças sociais, que são cada vez mais rápidas, acarretando novas situações de vulnerabilidade. A autonomia desse enunciado, como princípio, decorre de que a vedação do retrocesso tem perfil e aplicação próprias que não são superados pela existência de pontos comuns entre ele e a segurança jurídica e a proteção da confiança, os quais são retrospectivos. A característica mais saliente da vedação do retrocesso é sua projeção para o futuro, é o obstáculo que ele erige ao legislador para que não degrade os direitos fundamentais reconhecidos, quer por tirá-los do âmbito legislado, quer por desfigurá-los a um ponto que a proteção ou a garantia dada se esfaçalem.

Barcellos<sup>125</sup> propõe um teste para verificação de constrangimento de nova regulamentação com o princípio da vedação do retrocesso, que consiste em saber se a regulamentação realiza adequadamente o direito fundamental, naquele momento e naquela cultura, isto é, se garante a aplicabilidade mediante a fruição, por seus destinatários, do direito fundamental. Nesse ponto, já se está a ver a possibilidade de modificação de normas legais

---

<sup>125</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O Princípio da dignidade da pessoa humana. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

que regulamentam direitos fundamentais para considerar sua extensão e seus limites. A proteção que decorre do princípio não é absoluta, como esclarece Sarlet<sup>126</sup>, e comporta a reavaliação dos meios utilizados para a efetivação dos direitos fundamentais, o que pode propiciar outras soluções das quais decorra tratamento diverso, porém sendo sempre mantido o núcleo de proteção. Estabelece-se para as medidas retrocessivas um sopesamento e reflexão, uma vez que elas, embora não possam destruir direitos adquiridos, ato jurídico perfeito e coisa julgada, ao serem sujeitas a mudanças nelas devem ser preservados os direitos econômicos, sociais e culturais, sendo afastadas as reformas legislativas que suprimam conteúdos relevantes desses direitos.

Os efeitos prospectivos são alvo de preocupação dentro de uma sociedade de instabilidade e de volatilidade dos mercados. A sociedade complexa envolve relações de diferentes conteúdos e graus, as quais, ao mesmo tempo, estão em relação entre si, em um duplo movimento: o que se dá no interior das relações e o que se desenvolve entre essas relações e as demais espécies de relações, e que ocorrem em momentos e intensidades diversas. Nessa rede de vínculos, estão as relações entre os indivíduos, examinando-se os direitos que lhes são conferidos, sob uma perspectiva cidadã, e os conflitos que se travam no interior das relações com o Estado ou entre particulares, e aqueles que ocorrem nas relações trabalhistas. Daí, a indagação sobre os direitos sociais trabalhistas nas relações privadas.

### **3.2.3 Os direitos fundamentais nas relações privadas**

A importância dos direitos fundamentais, aliada à compreensão, neles, dos direitos sociais, suscitou a definição dos seus destinatários e aplicação. Originariamente, os direitos fundamentais foram enunciados contra o Estado, mas sua expansão determinou sua incidência sobre aspectos das relações privadas. A dilatação dos centros de poder privado, nos quais se desenvolvem relações assimétricas e subordinação econômica, tornaram patente uma outra e nova face de poder e sua interferência sobre as pessoas e seus direitos fundamentais.

O debate doutrinário sobre a vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais se iniciou na Alemanha, a partir dos anos 1950. Apesar do tempo decorrido, durante o qual se tornou mais vívida e acentuada a força da Constituição e o papel das normas de direitos fundamentais, assiste razão à observação de que essa discussão se prolonga e está, ainda, longe de assumir contornos dogmáticos claros e definitivos.

---

<sup>126</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009, p. 448.

### 3.2.4 A vinculação aos direitos sociais nas relações privadas

A vinculação dos particulares a direitos fundamentais não está afirmada expressamente na maioria das Constituições; uma das exceções se encontra na Constituição da República Portuguesa<sup>127</sup>, onde, no entanto, não cessou a discussão no tocante ao modo dessa vinculação, e segue dando margem às diversas teorias que graduam essa aplicação. Segundo esclarece Steinmetz, na literatura especializada produzida na Alemanha, Portugal e Espanha, há consenso em que determinados direitos fundamentais têm ou devem ter eficácia nas relações jurídicas interprivadas<sup>128</sup>.

Numerosas teorias ocupam a discussão sobre a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas. Com análise orientada a partir do núcleo do entendimento esposado nessas teorias, consideram-se quatro grupos: teoria de negação dessa possibilidade; teoria de admissão de aplicabilidade indireta ou mediata; teoria centrada nos deveres de proteção; e teoria da aplicabilidade direta ou imediata<sup>129</sup>.

Registra Ubillos<sup>130</sup> a doutrina norteamericana (*state action*) como formulação alternativa à teoria alemã da eficácia dos direitos contra particulares (*drittwirkung der Grandrecht*), mediante a ampliação, com caráter excepcional do raio de ação das garantias constitucionais, a partir da noção de que elas constituem limites à ação do Estado. Para tanto, foram consideradas as relações que envolvem atividades que dizem respeito diretamente a uma função pública e àquelas que trazem uma conexão ou implicação estatal. Nas palavras do referido autor:

Simplificando mucho, la cuestión que se plantea es, en la primera hipótesis, se la actividad desarrollada por actores privados puede considerarse, analógicamente, una función propia del Estado; y, en la segunda, si el poder público está suficientemente involucrado en esa actividad: los tribunales se encargarían de medir la intensidad de los contactos o las complicidades que puedan descubrirse. UBILLOS, Juan María Bilbao. *En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* IN:

<sup>127</sup> Art.18. 1 – Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.

<sup>128</sup> STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 33.

<sup>129</sup> Não há, aqui, a pretensão de analisar todas as teorias, limitando-se o seu conteúdo, segundo enfoques doutrinários feitos por alguns autores para tanto sendo consideradas ou a clareza da abordagem, ou o posicionamento afirmado em favor de uma dessas correntes.

<sup>130</sup> UBILLOS, Juan María Bilbao. *En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* IN: SARLET, Ingo Wolfgang. (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2003, p.318.

Encontra-se na doutrina do *state action*, a interpretação extensiva do conceito de poder público, de modo a abarcar grande número de atividades, chegando até àquelas, em aparência, privadas, além de situações, ou mesmo decisões, que têm como ponto de partida um ato privado.

Para a teoria da aplicabilidade indireta ou mediata, as normas de direitos fundamentais produzem efeitos nas relações entre particulares por meio das normas e dos parâmetros dogmáticos, interpretativos e aplicativos próprios do direito privado, não havendo, por conseguinte, a aplicação com base na Constituição. Essa tese foi formulada por Durig e alcançou preeminência com sua adoção pelo Tribunal Federal da Alemanha, no caso Luth, que teve profunda repercussão no estudo da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Para essa teoria, como a produção de efeitos das normas de direitos fundamentais, nas relações entre particulares, se dá por meio do direito privado, em suas normas e parâmetros dogmáticos e interpretativos, só se pode encontrar a eficácia de direitos fundamentais com a mediação concretizadora do legislador de direito privado e o trabalho dos juízes e tribunais.

Na teoria da aplicabilidade indireta, cabe, em primeiro lugar, ao legislador a concretização dos direitos fundamentais, por meio de regulações normativas específicas quanto ao conteúdo, às condições de exercício e ao seu alcance, o que resulta em levar para a legislação ordinária a definição da incidência dos direitos fundamentais. Nessa teoria, a análise do caso concreto na inexistência de normas específicas, atribui aos juízes e tribunais a tarefa de dar aos textos de normas de direito privado interpretação conforme aos direitos fundamentais, mediante as cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados. Trata-se de solução *in concreto*, de um litígio entre privados, o que é diferente de procedimento como o Mandado de Injunção, ação constitucional dirigida contra o poder público, com o pedido de regulamentação de direitos previstos na Constituição da República<sup>131</sup>.

Sobre a teoria da aplicabilidade indireta, explica Andrade que ela deve ter o sentido de uma adaptação e harmonização dos preceitos de direitos fundamentais na sua aplicação às relações privadas e indivíduos iguais. Assim, considerando e aderindo à tese, Andrade

---

<sup>131</sup> Situação ensejadora de Mandado de Injunção, como ocorreu quando o Supremo Tribunal Federal, em 22/06/2011, no julgamento do Mandado de Injunção 943/DF, conjunto ao MI-1010/DF, dada a omissão legislativa do Presidente da República e do Congresso Nacional e ausência de regulamentação do art. 7º, XXI, da CF, relativamente a aviso prévio proporcional ao tempo de serviço reconheceu a mora e o cabimento de solução normativa e concretizadora, implicando a necessidade de uma decisão para o caso concreto; tendo em conta a diversidade de parâmetros para o deslinde da controvérsia, houve a suspensão do julgamento para a explicitação do dispositivo final relativo à fixação da proporcionalidade.



escreve<sup>132</sup> que deve ser observado que, na vinculação dos particulares a direitos, estão em jogo questões como o significado dos direitos fundamentais e o papel do legislador e do julgador e, por conseguinte, a aplicação dos preceitos relativos aos direitos fundamentais nas relações entre particulares deve seguir a regra material de harmonização, observando-se a regra legal que regule a situação e, em sua ausência, o juiz deve decidir mediante o recurso aos conceitos abertos preenchidos pelos valores constitucionais e, na insuficiência dele, pelos princípios gerais, sempre norteado pelo princípio da harmonização.

Em relação à teoria centrada nos deveres de proteção, ou os deveres de proteção estatal perante terceiros, reproduz-se o que sobre ela foi expendido por Novais<sup>133</sup>, que defende seus fundamentos e a reputa adequada à efetividade dos direitos fundamentais e à força normativa da Constituição, descartando a teoria da aplicabilidade indireta e a de não aplicabilidade; assim, ele aduz quanto à teoria dos deveres de proteção, que

o essencial dos deveres de proteção dos direitos fundamentais cabe ao legislador e o juiz só deve intervir em casos extremos ou de evidente déficit de proteção da liberdade individual e, mesmo aí, ponderando esse dever de proteção com outros princípios que, eventualmente, apontem em sentido contrário, como sejam, se for caso disso, o reconhecimento do princípio da autonomia privada e dos direitos fundamentais conexos.” Novais, Jorge Reis. Os direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares. IN: Souza Neto, Cláudio Pereira; Sarmiento, Daniel. *A constitucionalização do direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2007, p.382.

É ainda Novais que argumenta que a adoção da tese da aplicabilidade direta, ou da tese dos deveres de proteção não depende necessariamente das diferentes concepções políticas gerais dos seus defensores, embora, por serem diferentes as teses, os seus resultados não poderem ser iguais, e que, tendo em vista que os direitos fundamentais foram inventados e desenvolvidos enquanto direitos primariamente dirigidos contra o Estado, a teoria da eficácia direta implica a mudança desse significado o que exige, de quem a sustenta, a assunção de

---

<sup>132</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. IN: SARLET, Ingo. (org.) *Constituição, Direitos fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, pp. 288-291.

<sup>133</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Os direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares*. IN: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *A constitucionalização do direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas*. (coord.) Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p.382.

carga de argumentação. Lembra o autor que as ameaças à liberdade individual, por outros particulares, sempre ocorreram e foram o fundamento do programa constitucional do Estado Liberal, na tríade liberdade, segurança e propriedade. Assinala ele ainda, que, com o Estado social e democrático de Direito, alterou-se a concepção sobre os direitos fundamentais e as tarefas do Estado, pois houve a redução da posição da propriedade privada, a valorização da igual liberdade individual e a inclusão de preocupações com a existência de condições fáticas para o exercício dos direitos fundamentais. Em razão disso, os deveres de proteção do Estado deixaram de constituir uma mera garantia da segurança e passaram a ter protagonismo, mediante os direitos sociais e a consagração de deveres de proteção quanto à liberdade nas relações privadas<sup>134</sup>.

Em prol da primazia da teoria dos deveres de proteção do Estado, como fundamento para a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, também diz Novais<sup>135</sup> que a atenuação da eficácia dos direitos fundamentais ocorre não apenas nas relações privadas, mas também nas relações entre indivíduo e Estado, pois as limitações estão sujeitas à não violação dos *limites aos limites*, cuja aplicação só pode se dar pelo Estado sob uma justificação ponderosa, de peso intrínseco indiscutível, já que o Estado não invoca contra o particular um direito fundamental próprio, posição de que desfruta o particular, titular de igual ou outro direito fundamental que pode opor.

Embora razão assista ao autor, ao se referir aos direitos de liberdade e igualdade como cerne dos direitos fundamentais, o que está, também, na sua origem frente ao Estado, ao ocorrer a inclusão das entidades privadas, no âmbito de proteção desses direitos, surge uma revisão conceitual em que constam a afirmação de poderes privados, o exame da esfera pública e os conceitos próprios e distintos, e a intersecção com a esfera privada. Poderia o Estado avassalar as relações privadas, porque, com o conceito amplo para o dever de proteção e a extensão do conceito de poder público, surgiria o risco de tudo se tornar Estado, em nome da defesa de liberdade e igualdade.

A tese da eficácia imediata, ou eficácia direta recebe grande adesão na doutrina brasileira, em que pese à ausência de norma expressa a respeito, como ocorre também na maioria das Constituições. Ocorre frequentemente a invocação, como seu suporte, do disposto no art. 5º, § 1º da Constituição da República<sup>136</sup>, uma vez que nele é estabelecida a

---

<sup>134</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Os direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares*. IN: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *A constitucionalização do direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas*. (coord.) Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, pp. 361-366.

<sup>135</sup> Idem. p.371.

<sup>136</sup> Art. 5º. § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

incidência imediata das normas constitucionais, de forma ampla, sem apontar destinatários, ou fazer a inclusão de algumas relações e exclusão de outras<sup>137</sup>.

No pensamento doutrinário brasileiro, prospera a tese da eficácia imediata, o que se enuncia a partir do pensamento de Sarlet, Sarmento e Steinmetz<sup>138</sup>.

Para além da vinculação dos poderes públicos, os direitos fundamentais têm eficácia vinculante na esfera jurídico-privada: é assim que Sarlet<sup>139</sup> principia o exame do tema. Em razão do direito constitucional expresso e da norma de aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, ele manifesta sua adesão à teoria da eficácia direta, *prima facie*, com aplicação mediante soluções diferenciadas.

Sarmento<sup>140</sup> afirma que a Constituição brasileira impõe a extensão dos direitos fundamentais às relações entre pessoas e entidades privadas, argumentando com o cunho social que ela apresenta, e com o disposto no art. 3º, I, destaca que os direitos trabalhistas previstos no art. 7º, CR/88 são voltados contra particulares, acrescentando que não há razão outra que não seja o preconceito ideológico para que haja eficácia de normas constitucionais quando elas são dirigidas contra o Estado, mas seja negado igual efeito quando elas são voltadas para a solução de litígios privados.

A partir do marco normativo da Constituição da República, e da enunciação, nela, do princípio da dignidade da pessoa, do princípio da solidariedade e do princípio da aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais, Steinmetz<sup>141</sup> define a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais como uma construção dogmática que leva a sério os direitos fundamentais, é consistente e conseqüente com a posição constitucional desses direitos e com o conceito de uma Constituição como estrutura normativa básica do Estado e da sociedade, e é harmoniosa com um projeto ético e político da efetividade dos direitos fundamentais. Esse autor afirma que a materialização ocorre como eficácia imediata matizada ou modulada, com observância da regulação legislativa acaso

---

<sup>137</sup> Adverte Sarlet que há controvérsia sobre o significado e alcance do art. 5º, § 1º da Constituição da República, em relação às diversas categorias de direitos fundamentais, quanto à sua eficácia e aplicabilidade. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 263.

<sup>138</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

<sup>139</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 365.

<sup>140</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 279-280.

<sup>141</sup> STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 271-272.

existente e conforme à Constituição, somente aplicando diretamente as normas constitucionais em falta dessa regulação.

Pela profundidade da discussão, assinalam-se alguns entendimentos na doutrina estrangeira. Para Ubillos<sup>142</sup>, a teoria da eficácia imediata é uma solução imperiosa, e como tal, somente a sua medida pode ser objeto de debate, pois, levado a sério o caráter normativo da Constituição espanhola, não pode ser negada a eficácia direta de suas disposições, como norma de comportamento aplicável nas relações entre particulares. No Direito português, Miranda<sup>143</sup> averba sobre o teor do art. 18, n° 1 da Constituição, que não seria compreensível que uma sociedade e uma ordem jurídica impusessem o respeito à dignidade e à autonomia da pessoa somente nas relações com o Estado, e o negligenciassem nas relações entre particulares, distinguindo-se, no entanto, as relações dentro de associações, grupos e pessoas coletivas, entre os seus membros e os poderes instituídos; as relações entre particulares e poderes sociais de fato e as relações entre particulares em igualdade, sem manifestação clara sobre a aplicação direta.

Das teorias com apelo mais forte e mais ampla adesão doutrinária, isto é, a teoria da eficácia direta e a teoria da eficácia indireta, assinala-se que ambas, em uma de suas matizações, fazem acento na desigualdade de posição entre os particulares.

Deixando de enfrentar o tema da qualificação das normas constitucionais quanto à sua eficácia, direta, contida ou condicionada, acentua-se que os postulados éticos da CR/88 e seu sentido social tornam pertinente a tese da aplicação direta das normas fundamentais nas relações entre particulares, pois a realização dos objetivos da sociedade brasileira somente pode se dar como tarefa dos poderes públicos e poderes privados, de Estado e de empresas.

Conferindo eficácia às normas constitucionais, para a regulação do Estado e da sociedade, por meio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, encontra-se fundamento robusto para sustentar a aplicação direta dos direitos fundamentais às relações entre pessoas e entidades privadas, embora com a eficácia imediata modulada sob a observância da regulação legislativa existente sobre a matéria em controvérsia.

---

<sup>142</sup> UBILLOS, Juan María Bilbao. *En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* SARLET, Ingo Wolfgang. (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, pp. 316-317.

<sup>143</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV. Direitos Fundamentais. 4. ed., Coimbra: Coimbra, 2008, pp. 304-305.

À questão da aplicação, direta ou indireta, das normas de direitos fundamentais nas relações privadas, se contrapõe, sempre, a invocação do princípio da autonomia da vontade. Trata-se de uma norma de liberdade privada e que vai encontrar suas bases no valor da livre iniciativa como fundamento do Estado, conforme o art. 1º, IV, CR/88, o qual surge também como princípio geral fundante da atividade econômica, expressamente enunciado no art. 170, CR/88. A partir daí, temos que o estabelecimento de vínculos contratuais, o que tem base na autonomia privada, repercute o exercício de direitos fundamentais, até porque na liberdade de contratar também se encontra o direito fundamental à propriedade.

Diante disso, tem-se a identificação do contrato como “ponto de encontro dos direitos fundamentais”<sup>144</sup> a suscitar a aplicação, nas relações concretas entre particulares, das normas constitucionais de tutela da personalidade, de proteção dos direitos da intimidade, e da garantia da propriedade conjugada ao princípio da função social.

Ora, na esfera contratual, a liberdade se depara com a limitação da mesma liberdade: ambas as partes são titulares de direitos fundamentais com esse conteúdo. Se há o estabelecimento do ajuste como expressão de liberdade, há de lhe ser traçada a rota da função social, seja na esfera da propriedade civil, porque assim o diz a norma do art. 5º, XXIII, CR/88, seja na propriedade em seu fim econômico, porque assim o impõe a norma do art. 170, III. A existência de direitos fundamentais em contraposição, porque cada um dos particulares traz um deles, ou até o mesmo, como respaldo de sua posição, demanda solução de ponderação, a qual se dá para o caso concreto e não infirma no ordenamento jurídico o valor e importância do princípio que, no caso, não teve prevalência.

A respeito da autonomia da vontade, que é o argumento brandido em contrário à incidência direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, o Supremo Tribunal Federal <sup>145</sup>, em 2005, deixou claro que

O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações na ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos

---

<sup>144</sup> Referência extraída da obra sobre os direitos fundamentais nas relações privadas – A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas: a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais. Thiago Sombra. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2004.

<sup>145</sup> RE-201819-8-RJ.

particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. (Trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes, Relator)

Trata-se, pois de afirmação de que a autonomia da vontade encontra limites nos direitos e garantias constitucionais, assim permeando as relações jurídicas contratuais.

O Supremo Tribunal Federal, nesse julgamento (RE-201.819-8-RJ) e caso de exclusão de associado em associação (União Brasileira de Compositores- UBC) que foi definida como sociedade civil sem fins lucrativos, integrante do espaço público, ainda que não estatal, afirmou que se tratava de situação típica de aplicação de direitos fundamentais às relações privadas e examinou a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Destacou que havia a vinculação não apenas dos poderes públicos, mas o direcionamento deles também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.

Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes manifestou, expressamente, não ter preocupação de discutir a forma de aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, adotada pela Corte, por ser, ao seu sentir, mais importante ressaltar a existência de um histórico identificável de uma jurisdição constitucional voltada para a aplicação desses direitos às relações privadas.

A fundamentação do acórdão UBC teve como ponto de partida a teoria da vinculação dos particulares a direitos fundamentais. Afastando-se, nesse aspecto, do que se observara em ocasiões anteriores, como nos RE-160.222-8-RJ 1995, sobre revista íntima de empregada discutido como crime de constrangimento ilegal<sup>146</sup>; RE-158.215-RS 1996, relativo à expulsão de membro de cooperativa<sup>147</sup>, e RE-161.243-DF sobre o princípio da igualdade entre

---

<sup>146</sup> “I. Recurso extraordinário: legitimação da ofendida – ainda que equivocadamente arrolada como testemunha -, não habilitada anteriormente, o que, porém, não a inibe de interpor o recurso, nos quinze dias seguintes ao término do prazo do Ministério Público, (STF, Súms. 210 e 448). II. Constrangimento ilegal: submissão das operárias de indústria de vestuário à revista íntima, sob ameaça de dispensa; sentença condenatória de primeiro grau fundada na garantia constitucional da intimidade e acórdão absolutório do Tribunal de Justiça, porque o constrangimento fora admitido por sua adesão ao contrato de trabalho: questão que, malgrado a sua relevância constitucional, já não pode ser solvida neste processo, dada a prescrição superveniente, contada desde a sentença de primeira instância e jamais interrompida, desde então.” STF, Primeira Turma, Relator Ministro Sepúlveda Pertence.

<sup>147</sup> “DEFESA – DEVIDO PROCESSO LEGAL – INCISO LV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS – EXAME – LEGISLAÇÃO COMUM. A intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal direcional ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da óptica segundo a qual a violência à Cara Política da República suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há

trabalhadores brasileiros e franceses, nos quais não houvera discussão sob esse prisma, embora dando-se aplicação direta aos direitos individuais consagrados na Constituição na resolução de litígios privados, esse julgamento inaugurou o debate judicial a respeito. Dos precedentes, todos mencionados no voto do Ministro Gilmar Mendes, o segundo desses reporta-se, na anotação de doutrinador, a que no acórdão não houvera considerações doutrinárias porque fora tomado como indiscutível que há normas de direitos fundamentais que incidem diretamente sobre relações entre pessoas privadas.

No acórdão UBC, entendeu-se que o ato de exclusão acarretava ônus econômico, ao sócio excluído, por lhe impossibilitar o recebimento dos repasses dos direitos autorais decorrentes da execução de suas obras e que, de outra parte, a posição da associação (UBC) na estrutura do ECAD a investia de poderes na relação com os associados, incluindo-a em uma esfera pública, ainda que não estatal. Constou, também, que o caso transcendia à simples liberdade de associar ou de permanecer associado, pois a integração a essas entidades configura, para um número elevado de pessoas, quase que um imperativo decorrente do exercício de atividade profissional.

A importância desse acórdão é destacada doutrinariamente porque nele ocorre a expressa afirmação da aplicação direta dos direitos fundamentais na resolução de questões judiciais, construindo um precedente para o tema da vinculação dos particulares a direitos fundamentais.

Como no exame do caso e dos fundamentos da decisão sobressai que a integração do associado em uma entidade de defesa de seus direitos e arrecadação dos haveres de direito autoral é importante para o exercício da atividade profissional, novas reflexões surgem para além daquela imediata da liberdade de associação. Trata-se de uma situação cujo exame envolveu o tema exercício da atividade profissional.

Embora a decisão tenha como cerne a observância das garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, enunciadas nos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição da República, não se pode perder de vista que o Ministro relator

---

de ser direta e frontal. Caso a caso, compre ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito – o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais. COOPERATIVA – EXCLUSÃO DE ASSOCIADO – CARÁTER PUNITIVO – DEVIDO PROCESSO LEGAL. Na hipótese de exclusão de associado, decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembleia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair a adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa.” STF, Segunda Turma, Relator Ministro Marco Aurélio.

considerou a realidade da posição privilegiada da UBC para determinar a extensão do gozo e fruição de direitos substanciais de seu associado, e a importância desses direitos como meio de subsistência, o que culmina em restringir o exercício da profissão, de modo que a exclusão imposta extrapola a liberdade de associação e até o direito de defesa.

Reconhecida a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, e não mais apenas quanto ao Estado, subjaz a noção de que a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas é uma via democrática, diante da crescente pressão das violações ocorrentes nas relações contratuais privadas, notadamente as trabalhistas, cujo clássico conteúdo passou a ser desfigurado quando essas relações receberam novas configurações.

Como disse, no seu voto no julgamento do Recurso Extraordinário 201.819-8-RJ, o Ministro Joaquim Barbosa, há o “paulatino rompimento das barreiras que separavam até final do século XIX o direito público e o direito privado” e uma das consequências da preeminência da Constituição é o fato de que os direitos fundamentais não são mais limitações impostas exclusivamente ao Estado.

Os direitos fundamentais vêm mudando, em seu conteúdo e destinatários, ao longo de sua História, recriando-se e refazendo-se com o só desiderato de atender ao que constitui seu núcleo: a pessoa humana. Essa pessoa deve ser considerada em todos os seus papéis na sociedade: o cidadão frente ao Estado, o trabalhador e o indivíduo na sociedade. Reduzida a separação entre Estado e sociedade, a pessoa circula entre ambas as esferas e nelas há de ter, igualmente, proteção aos seus direitos fundamentais, com a garantia da liberdade e da igualdade.

Essas considerações abrem caminho para a análise da situação de trabalhadores terceirizados, para os quais essa forma de vinculação se tornou um imperativo para o exercício de sua atividade profissional, forma de ingresso, ou permanência, no mercado de trabalho, que, ademais, é fragilizado economicamente com remunerações aviltadas e vulnerado juridicamente pela desconsideração de direitos fundamentais.

### **3.3 A vinculação dos particulares aos direitos sociais nas relações assimétricas**

As relações assimétricas ocorrem na flagrante desigualdade material ou de poder, entre particulares. Nas matizações da teoria da eficácia mediata das normas constitucionais, uma delas é no sentido de que a eficácia de direitos fundamentais nas relações entre particulares deve ter, como protagonista, o legislador. Na ausência de desenvolvimento legislativo, o juiz deve decidir o caso concreto por meio de cláusulas gerais do direito privado preenchendo-as com o conteúdo valorativo dos direitos fundamentais em jogo; se essa via não levar à solução



adequada, e constatado que no caso concreto há uma desigualdade fática relevante ou uma relação desigual de poder entre os particulares, as normas de direitos fundamentais devem ser aplicadas imediata ou diretamente.

Também na versão fraca da teoria da eficácia direta, há essa linha de raciocínio que destaca a incidência direta, sobretudo nas relações marcadas pela desigualdade fática.

Essa confluência permite a atribuição de um significado mais intenso à aplicação das normas de direitos fundamentais nas relações entre particulares em que se encontram partes em posição assimétrica, o que convoca exame nas relações trabalhistas, que ocorrem entre trabalhador e empregador, tendo a subordinação jurídica como seu traço típico, segundo o Direito Clássico do Trabalho.

A constatação de que os direitos fundamentais sociais, que compreendem direitos de defesa e direitos a prestações em sentido estrito, consistem, ainda, em rol do art. 7º, CR/88 e das disposições do art. 10, inciso II, alíneas ‘a’ e ‘b’, ADCT os quais têm nos particulares e na figura dos empregadores os seus destinatários imediatos, ganha maior vigor com sua aplicabilidade direta nas relações que eles estabelecem. A concepção e ordenação na Constituição da República reflete uma posição preferente do objetivo fundamental de construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I).

Relembra-se dos fundamentos do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 201.819-8-RJ a asserção de que o espaço de autonomia privada não está imune à incidência dos princípios constitucionais, e o reconhecimento da existência de limitações a ela.

Na alegação do princípio da autonomia da vontade, deve-se fazer sobressair o contrato como “ponto de encontro dos direitos fundamentais”<sup>148</sup>. Isso suscita a aplicação, nas relações concretas entre particulares, das normas constitucionais de tutela da personalidade, de proteção dos direitos da intimidade, e de garantia da propriedade conforme à sua função social, o que se agiganta quando o contrato não é apenas expressão de liberdade, mas a forma capitalista de produção, que se expressa por meio do contrato de trabalho. Há de ser reforçada a nota da função social, que se refere à propriedade civil, como dito na norma do

---

<sup>148</sup> Como assinalado antes, essa menção remete à obra sobre os direitos fundamentais nas relações privadas – A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas: a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais. Thiago Sombra. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2004.

art. 5º, XXIII<sup>149</sup>, CR/88, e ao fundamento da ordem econômica, quanto à propriedade, imposto pela norma do art. 170, III<sup>150</sup> da CR/88.

Em todas as relações jurídicas, há a incidência dos princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade e liberdade que conferem direitos fundamentais a serem aplicados, os quais demandam grande vigor nas relações sociais assimétricas. Nelas, ademais, pode haver, muitas vezes, a contraposição de direitos fundamentais, como decorrência do fato de cada um dos particulares ser titular de um deles, às vezes até o mesmo direito, tornando-se necessária uma solução de ponderação, a qual se dá para o caso concreto sem infirmar no ordenamento jurídico o valor e importância do princípio que, naquele momento, foi afastado.

O tema da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas despertou interesse, por primeiro, em sede trabalhista e julgamento no Tribunal Federal do Trabalho da Alemanha, com os fundamentos expendidos por Nipperdey, que sustentava a doutrina da aplicação direta. Vale<sup>151</sup> menciona o caso nos seguintes termos:

Segundo informa INGO VON MUNCH, a primeira sentença de um tribunal federal superior na Alemanha versou sobre um caso de direito do trabalho. A demandante era uma jovem que trabalhava em um hospital privado para formar-se na profissão de enfermeira. O contrato de trabalho e formação previa que, em caso de matrimônio, o empresário poderia extinguir a relação laboral e de formação. Com base nesta cláusula a demandante foi despedida após contrair matrimônio. O Tribunal Federal do Trabalho, na famosa sentença de 5 de maio de 1957, resolveu a demanda declarando nula a cláusula contratual por vulnerar direitos fundamentais de proteção ao matrimônio e à família, de dignidade da pessoa humana e ao livre desenvolvimento da personalidade. A sentença causou sensação não tanto pela solução adotada, mas por sua fundamentação. O tribunal baseou-se explicitamente na *Drittwirkung* direta (*unmittelbare*) dos direitos fundamentais invocados, deduzindo-a das mudanças experimentadas pelos direitos fundamentais, que já não eram somente

---

<sup>149</sup> Art. 5º (...) XXIII – a propriedade atenderá à sua função social.

<sup>150</sup> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) III – a função social da propriedade;

<sup>151</sup> VALE, André Rufino do. *Constituição e Direito Privado: Algumas considerações sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. In: <http://docs.google.com/viewer?a=vv&q=cache:BXXCs4Xi2vUJ:www.direitopublico.edp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/468/438+nipperdey>. Acesso em 17/07/2011, às 14:47 h.

direitos de defesa frente ao Estado, mas regras de ordenação da vida social. Assim sendo, os contratos privados não poderiam colisionar com o que se poderia chamar de a ordem pública do ordenamento jurídico de um Estado.

Dos fundamentos ali adotados, constata-se a referência à vulneração à dignidade da pessoa humana e ao seu direito ao livre desenvolvimento da personalidade. O contrato de trabalho convoca os direitos fundamentais à liberdade, igualdade e desenvolvimento da personalidade: o trabalhador não é apenas um fator de produção, mas pessoa humana que tem na relação contratual de trabalho uma das dimensões de sua vida privada.

Confrontando-se um direito fundamental do trabalhador e direito fundamental do empregador, sob o princípio da autonomia privada, a realização deve ser norteada pelo entendimento de que a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais dos trabalhadores, descritos no art. 7º, CR/88, somente tem como destinatário o trabalhador, e de que ela constitui uma imposição constitucional e instrumento necessário para a preservação e promoção dos direitos fundamentais sociais no plano das relações de poder, das sociedades capitalistas contemporâneas.

A vinculação direta ou imediata dos particulares aos direitos fundamentais sociais, no tocante aos trabalhadores, vai além dos direitos a prestações, e contempla também direitos de defesa, como a proibição de discriminação de trabalhadores (art. 7º incisos XXX, XXXI, XXXII e XXXIII, CR/88), e portanto, sendo direitos fundamentais dotados de eficácia jurídica, devem ter efetividade, no plano das relações horizontais, entre particulares – empresa e trabalhador.

Em enfoque dos direitos fundamentais face à discriminação, Mendes<sup>152</sup> argumenta que, se o Estado não pode estabelecer discriminação em razão de sexo, idade, raça, concepção filosófica ou religiosa, pode-se questionar em que medida as entidades privadas podem, nas suas relações jurídicas, considerar esses elementos.

A afirmação da aplicação dos direitos fundamentais diretamente nas relações entre particulares, e não mais apenas quanto ao Estado e também não apenas como os direitos fundamentais sociais dirigidos diretamente aos empregadores não implica nem se confunde com a eficácia ilimitada ou absoluta. De outra parte, corresponde a todos os direitos fundamentais, não se restringindo aos direitos fundamentais sociais do art. 7º, CR/88. Basta

---

<sup>152</sup> MENDES, Gilmar. *Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas – análise da jurisprudência da Corte Constitucional alemã*. In: MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos constitucionais e controle de constitucionalidade. Estudos de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

considerar, na jurisprudência, o exame de situações relativas à igualdade ou à discriminação entre empregados, realizado sob o prisma dos direitos e garantias individuais.

O acórdão proferido no Recurso Extraordinário nº 161.243-DF, de 1997 que foi apontado como precedente judicial no acórdão relativo ao RE nº 201.819-8-RJ, dizia respeito a situação anteriormente analisada pela Corte quanto a trabalhador brasileiro empregado de empresa estrangeira. Nele foi reconhecido que esse trabalhador, que executava seu contrato no Brasil, tinha direito à aplicação das vantagens previstas no estatuto de pessoal da empresa, com base no princípio da igualdade expresso no art. 5º, caput. I, CR/88. Portanto, nele, fora considerada a norma do direito fundamental à igualdade para a solução de litígio trabalhista.

Na relação contratual trabalhista, o exercício de poder social assimétrico torna cáustica a realidade de contratos civis que realizam a terceirização, como em novo *laissez-faire*, com o ressurgimento da ampla autonomia da vontade para sua celebração, configuração e determinação do ‘que’ e do ‘como’ esse contrato atuará.

Submetida à autonomia da vontade e à perplexidade quanto ao entrelaçamento de contratos, a trivialização da terceirização, servindo como modelo administrativo adotado pelas empresas, mostra, sob as regras do mercado, uma reconfiguração do poder privado e um novo poder que determina as normas das relações sociais.

A terceirização dá nova configuração às relações de trabalho, mediante a intersecção de dois contratos de natureza e conteúdos diversos: o contrato de direito civil moldado pela igualdade das partes e o contrato de direito do trabalho caracterizado pela desigualdade material. Isto se destaca no tocante à prestadora de serviços que é, ao mesmo tempo, parte do contrato civil como contratada da prestação de serviços e parte do contrato de trabalho como contratante do trabalhador. A tomadora de serviços é parte do contrato civil como contratante da prestação de serviços, mas, sem ser parte do contrato de trabalho, é destinatária das tarefas realizadas pelo trabalhador. O trabalhador é parte do contrato de trabalho, mas, sem ser parte do contrato de prestação de serviços, executa as tarefas que são o objeto deste contrato. O vínculo contratual passa a se desenrolar moldado pela desigualdade e poder social do empregador.

Adverte Miranda<sup>153</sup> de que o princípio da autonomia privada condiciona em larga medida a aplicação dos direitos nas relações privadas. Todavia, o princípio da autonomia da vontade não é suficiente para dar forma e conferir preeminência a um contrato cuja prática

---

<sup>153</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. Direitos Fundamentais. 4. ed., Coimbra:Coimbra, 2008, p.302.

pode resultar, para o trabalhador, em vulneração de sua liberdade, aumentando sua desigualdade material.

Na terceirização, a análise da situação específica exige a observância dos princípios da liberdade, da igualdade e da função social do contrato. A falta à terceirização de uma regulação legal não pode condicionar a eficácia dos direitos fundamentais perante o tomador de serviços com quem se estabelece a relação contratual de fato. A omissão legislativa, com o retardamento na concretização infraconstitucional da terceirização, é preenchida somente em alguns aspectos com a regulação autônoma, que fica restrita às categorias contratantes. Dada a anomia, encontra-se requisito robusto para a aplicação direta das normas de direitos fundamentais em face do tomador de serviços.

As relações trabalhistas moldadas para a terceirização, a partir do âmbito civil e da autonomia contratual, por meio da reunião de contratos típicos para sua execução atípica, concentrada nos poderes sociais e econômicos, expõem também o rompimento das barreiras de proteção erigidas pelo direito do trabalho quando ele se destacou do direito civil. Essa modalidade não é apenas a forma administrativa de contratação, porque tem efeitos sobre os trabalhadores terceirizados, logo, efeitos sobre pessoas humanas e configura espaço de invocação e incidência dos direitos fundamentais. Portanto, nas relações trabalhistas aplica-se, para além das normas de direitos fundamentais sociais do art. 7º, CR/88, as normas de direitos fundamentais do art. 5º, CR/88 o que corresponde a dar, ao direito de propriedade, o sentido adequado à função social que lhe é prevista.

Com aplicação direta do direito fundamental à igualdade, o Tribunal Superior do Trabalho, Sexta Turma<sup>154</sup> decidiu caso em que um banco transferiu a uma empresa atividades

---

<sup>154</sup> “RECURSO DE REVISTA. ENQUADRAMENTO DE EMPREGADO DA ECT COMO BANCÁRIO. BANCO POSTAL. No caso concreto, ficou demonstrado que o Banco Bradesco S/A transferiu para a ECT, atividades tipicamente bancárias, sendo que o obreiro se ativava nessas tarefas em grande parte de sua jornada. Nesse contexto, realizando o Reclamante atividades comuns àquelas desempenhadas pelos bancários, não há como se lhe negar os direitos assegurados a essa categoria profissional, sob pena de desprestígio do trabalhador e premiação da discriminação, repugnada pela ordem jurídica. Prevalece o direito do empregado à incidência, sobre o contrato de trabalho, de todas as normas pertinentes à efetiva categoria obreira, corrigindo-se eventual defasagem salarial. Esse entendimento encontra respaldo na garantia da observância da isonomia remuneratória no núcleo da relação jurídica terceirizada, prevista, sobretudo, no art. 12 a, da Lei 6.019/74 – que assegura ao trabalhador temporário o salário equitativo -, sendo cabível, por analogia, a aplicação do critério isonômico remuneratório à terceirização de mais longo curso ou permanente. Tal garantia é decorrente também da aplicação do preceito contido no art. 5º, caput, e inciso I, da CF, bem assim de inúmeros outros princípios e dispositivos da Constituição Federal altamente valorizadores do trabalho humano. Cite-se, nessa linha, a idéia de prevalência na ordem jurídica dos direitos sociotrabalhistas (art. 1º, III e IV; art. 3º, I, *in fine* e III, *ab initio* e IV, *ab initio*; art. 4º, II; art. 6º; art. 7º, *caput*, *in fine*; art. 7º, VI, VII, X; art. 100, *ab initio*; art. 170, III). Acentuem-se, ainda, diversos preceitos constitucionais relativos à proteção ampla do salário (art. 7º, VI, VII e X, CF), a par do fundamental preceito lançado no art. 7º, XXXII, da Carta Magna, que proíbe a distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos, norma que, isoladamente, já é frontal instrumento vedatório da discriminação sociotrabalista produzida pela terceirização e que, aliada aos demais

bancárias, por meio do chamado Banco Postal. Realizando, o empregado, atividades comuns àquelas desempenhadas pelos bancários, a Corte lhe assegurou os direitos relativos a essa categoria. Embora não tenha havido manifestação sobre a teoria da aplicação imediata dos direitos fundamentais, e a decisão tenha invocado a analogia em face da Lei 6.019/74, foi apontado entre os fundamentos normativos o art. 7º, XXXIII da Constituição da República, que proíbe a distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos. Foi dado à norma o sentido de que ela é frontal instrumento vedatório da discriminação sociotrabalhista produzida pela terceirização e que, na terceirização, mesmo lícita, há a comunicação do padrão remuneratório da empresa tomadora com o padrão remuneratório dos trabalhadores terceirizados, quer na situação de temporário, quer na terceirização permanente.

Esse acórdão mostra a aplicação direta do direito fundamental à igualdade trabalhista, matizado pela analogia à lei 6019, suprindo o déficit legislativo até agora existente. Extraiu-se de normas de direitos fundamentais a construção de sentidos para as relações de trabalho, na terceirização, forma complexa de contrato em que cada contrato guarda suas características, as quais se reúnem para dar forma a relações sociais diferentes e marcadas pela desigualdade e assimetria de poder em uma sociedade complexa.

Se, embora decorridos mais de cinquenta anos desde o seu início, o debate sobre a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas ainda não se pacificou no tocante ao modo e extensão, essa concretização está sob crescente pressão nas relações contratuais privadas, notadamente as assimétricas, como ocorre nas relações trabalhistas, cujo clássico conteúdo passou a ser desfigurado com as novas configurações que lhe foram dadas. Uma delas é a terceirização que opera a conjugação de contratos típicos: é a junção externa de dois contratos, pois o contrato civil de prestação de serviços implica contratos de trabalho para que seja cumprida a obrigação contratual civil, mediante a execução das tarefas estipuladas entre os contratantes civis.

Os empregados terceirizados têm por si os direitos trabalhistas típicos, descritos no art. 7º, CR/88 e voltados contra o empregador. Impõe-se uma visão ampliada em que se perceba que a eles não basta serem assegurados os direitos trabalhistas, como nas relações trabalhistas típicas. A terceirização posta-se como um banquete de poucos, em que a grande multidão está fora da sala de jantar. Essa multidão é composta pelos trabalhadores que encontram na terceirização o meio para exercer uma atividade no mercado de trabalho. Todavia, eles

figuram em contrato que apenas lhes permite trabalhar, ignorando suas aspirações e projetos de vida, como pessoas humanas e lhes atribui um sentido de objeto, parte de um tecido que se esgarça.

A situação e o contrato do trabalhador terceirizado devem ser regidos pela igualdade, com aplicação direta do direito fundamental previsto no art. 7º, XXXII da CR/88, que proclama o direito à igualdade entre os trabalhadores, independentemente da natureza do trabalho.

E, para esses tempos atuais de flexibilização de direitos e terceirização, a igualdade deve se dar independentemente da natureza do vínculo, o que se harmoniza com a eficácia direta das normas constitucionais de direitos sociotrabalhistas nas relações privadas.

### **3.4 Elementos externos sociais: os conflitos**

As relações de produção são marcadas pela conflituosidade, decorrente do antagonismo das posições das partes. A empresa busca o lucro e o aumento da produtividade para chegar à acumulação de capital, e como meio estabelece a redução dos custos trabalhistas com o corte de vantagens e do número de trabalhadores; rebaixa os níveis de remuneração e eleva os níveis de exigência quanto à produtividade. O trabalhador busca a melhoria de suas condições salariais e de trabalho para obter ganhos e alcançar um nível de vida melhor, em que o trabalho não seja tão árduo e tão alongado e em que o salário atenda às exigências de sua subsistência e necessidades. Esse atrito se vê, agora, em um novo impasse: a flexibilização carrega os custos aos trabalhadores e, portanto, a responsabilidade pela solução para a crise do capital e o capital, por sua vez, faz o controle das relações laborais, por meio dos contratos precários, da terceirização e da instauração da insegurança. Reduzem-se as possibilidades e meios de inserção social, reconfigurando o conflito que passa a se esconder sob o medo do futuro do trabalho, ou da inexistência de futuro, na compressão do tempo e distensão do local. A desregulamentação, a flexibilidade e a precariedade do trabalho são as novas marcas desse conflito.

No Brasil, o trabalho, hoje, está caracterizado pela flexibilidade e rotatividade, conforme os dados<sup>155</sup> expostos em estudo realizado pelo DIEESE, projeto Desenvolvimento de Metodologia de Análise de Mercado de Trabalho Municipal e Qualificação Social para Apoio à Gestão de Políticas Públicas de Emprego, Trabalho e Renda, com dados da década passada (2000-2009). Há, no mercado formal, grande flexibilidade contratual, marcada pelo crescimento dos vínculos ativos e volume de desligamentos, o que configura uma relação

---

<sup>155</sup> Movimentação contratual no mercado formal de trabalho e rotatividade no Brasil. In <http://portal.mte.gov.br/data/files>. Acesso em 06-10-2011 às 12:16 h.

linear entre os dois movimentos. Desses vínculos, 2/3 não atingem um ano de trabalho, e o tempo médio do emprego formal é de cerca de 4 anos. Um grande contingente de trabalhadores tem participação intermitente no mercado de trabalho formal, oscilando entre a condição de desligados e admitidos durante anos seguidos. Destaca-se o sentido decrescente da remuneração, porquanto a remuneração das admissões é, em média, inferior à mesma média dos trabalhadores desligados.

Dentro desse quadro, o contingente de trabalhadores precários, seja em razão da modalidade contratual, seja em razão da terceirização, estabelece um confronto silencioso gerado pelas expectativas frustradas. A divisão do mercado de trabalho entre permanentes e precários desequilibra as relações entre trabalhadores e as aprofunda, quando se constata que, nessa divisão, pequena parcela é ocupada pelos trabalhadores em contratos permanentes, de duração indeterminada. Se o desemprego é a manifestação mais forte da transformação do mercado de trabalho, a precarização do trabalho é uma manifestação encoberta, pois os números das estatísticas de emprego não captam essa situação. Entrada e saída do mercado de trabalho não denotam, na frieza dos números, que esses empregados ali estiveram fugazmente ou sob condições de insegurança social. Castel<sup>156</sup> enfatiza que a verificação dessa precarização possibilita compreender os processos de vulnerabilidade social a partir do fato de que essas novas formas de emprego se tornaram preponderantes.

Esse estudo realizado pelo DIEESE<sup>157</sup> sobre a movimentação contratual no mercado de trabalho formal e rotatividade no Brasil, retrata a fugacidade dos contratos de trabalho, pois sua duração se situa em torno de seis meses, e o crescimento de vínculos ativos e desligamento mostra a existência de uma relação linear entre desligados e estoque de mão-de-obra<sup>158</sup>.

---

<sup>156</sup> CASTEL, Robert. *As metamorfoses da questão social. Uma crônica do salário*. Tradução de Iraci D. Poleti. 2.ed., Petrópolis: Vozes, 1999, p.516.

<sup>157</sup> Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos

<sup>158</sup> [http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812CF587A7!0554C6/rotatividade\\_mao\\_de\\_obra.pdf](http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812CF587A7!0554C6/rotatividade_mao_de_obra.pdf)





Enquanto na empresa fordista os grupos humanos, os trabalhadores, eram estáveis e distribuídos em uma ordem hierárquica que acenava ao progresso e à possibilidade de melhorias, a forma de organização toyotista e a descentralização que ela promove, com a externalização de serviços, destrói essas expectativas. Não há mais o futuro: somente o presente. Não há mais possibilidade de carreira, a continuidade na empresa e a ascensão nela são visões antigas. Quem é terceirizado nem mesmo pertence aos quadros da empresa em que trabalha: como ascender nela? Talvez reste como aspiração e única possibilidade de ascensão na empresa tomadora de serviços a efetivação nela: deixar a precariedade da condição de terceirizado e ter um lugar na empresa. Não ser mais invisível.

A instabilidade e as jornadas diferenciadas concorrem para a criação de um ambiente de confrontação interna da classe obreira e resulta em precarização dos mecanismos de agregação solidária dos trabalhadores, dentro e fora da empresa, o que supõe uma exteriorização dos conflitos existentes entre as classes que formam o tecido produtivo social<sup>159</sup>.

A contratação precária desafia os princípios que informam o Direito do Trabalho, estabelecendo um confronto com as diretrizes que deles emanam. Diante disso, torna-se necessário examinar se a nova forma das relações laborais implica a superação desses princípios, sua revisão ou a renovação com a introdução de outros conteúdos.

<sup>159</sup> BARROSO, Fábio Tullio. *Direito Flexível do Trabalho. Abordagens Críticas*. Recife: Universitária da UFPE, 2009, p.54.

## CAPÍTULO IV - Os princípios do Direito do Trabalho

### 4.1.1 Os princípios do Direito do Trabalho

O sistema jurídico se marca por sua reflexividade que é acentuada no Direito do Trabalho, pois nele se processam com maior intensidade, as mudanças e variações constantes na sociedade. Daí, as mudanças e variações na relação de trabalho, a maioria das quais ocorre de forma tão rápida que não é apreendida ou registrada nas normas trabalhistas, mas que, de outra parte, ingressam no senso comum, tornando-se uma realidade banal. Basta ouvir em vários lugares, de bancos a supermercados, a naturalidade com que o trabalhador, questionado sobre sua função, responde que é um terceirizado.

Na relação dialógica entre a sociedade e o direito, a reflexão do Direito do Trabalho sobre o seu sentido e finalidade se agiganta, porquanto o trabalho dá ao ser humano um modo de estar no mundo e, mesmo perante a escassez dos empregos, a vida ativa permanece como centro da vida humana. Todavia, hoje se fala na exigência de um comportamento flexível, em um tempo que ameaça as pessoas, suas narrativas e suas histórias de vida, tornando a instabilidade um modo normal.<sup>160</sup>

Pensar essa realidade convoca os fundamentos do Direito do Trabalho, com o exame dos seus princípios, assim como a análise de sua permanência e modos de aplicação, atualmente. O delineamento desses princípios ocorreu nos albores desse Direito e inúmeros deles tiveram como ponto de partida a atuação da Organização Internacional do Trabalho e o Tratado de Versalhes quando se iniciou a fase jurídica das relações trabalhistas.

Trata-se do período de elaboração dos princípios clássicos do Direito do Trabalho, os quais preenchiam o objetivo de estabelecer e afirmar o caráter e a autonomia desse ramo do Direito. A partir da sua sistematização e análise feitas por Plá Rodriguez<sup>161</sup>, os princípios tiveram reconhecida sua relevância como pautas diretivas do Direito do Trabalho direcionadas à interpretação das normas, além de informativas da legislação, o que lhes confere uma função normativa.

Explica Plá Rodriguez<sup>162</sup> que os princípios e as normas se relacionam em uma interação ou implicação recíproca, mas correspondem a uma concepção do Direito laboral. Os princípios e as normas devem pertencer à mesma concepção.

---

<sup>160</sup> SENNET, Richard. *A corrosão do caráter. Consequências pessoais do trabalho no novo capitalismo*. Tradução de Marcos Santarrita. Rio de Janeiro: Record, 1999.

<sup>161</sup> Américo Plá Rodriguez se dedicou ao tema na obra *Princípios de Direito do Trabalho*, que se tornou clássica a respeito.

<sup>162</sup> RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. Tradução de Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, USP, 1978, p. 19.

Ao influxo das mudanças ocorridas, notadamente a partir dos anos 1970, quando passam a ser delineadas novas formas de trabalho e os contratos atípicos<sup>163</sup>, surgem questionamentos sobre os princípios próprios do Direito do Trabalho e sua adequação ou subsistência a esses vínculos. Dentro dessa perspectiva, Romita<sup>164</sup> afasta os princípios clássicos sob o fundamento de que não constituíam princípios específicos do Direito do Trabalho e, aludindo à necessidade de tomar posição sociológica, política e filosófica em face dessas transformações experimentadas pelo Direito do Trabalho como reflexo da adaptação da superestrutura jurídica às novas realidades, aponta e reconhece como próprios ao Direito do Trabalho, outros princípios, a saber: princípio da liberdade do trabalho; princípio de não mercadorização do trabalho; e o princípio da dignidade do trabalhador como pessoa humana.

Em sentido diferente, seguem Teixeira e Barroso<sup>165</sup>, pois, embora afirmem a dificuldade na utilização dos princípios do Direito do Trabalho em razão das novas formas contratuais e métodos de utilização das regras contratuais, não os excluem e argumentam pelo surgimento e a adoção do princípio do não retrocesso social, como um novo princípio de Direito do Trabalho que estabelece uma resistência à dinâmica flexível do trabalho.

Ambos os entendimentos mostram que os princípios clássicos do Direito do Trabalho não dão conta da realidade, e propõem um novo entendimento, de substituição ou de acréscimo de princípios que não aqueles enunciados no Direito do Trabalho clássico. Rememora-se com Araújo<sup>166</sup> que o Tratado de Versalhes, do qual emanam os princípios clássicos do Direito do Trabalho, partiu da constatação de que as injustiças do mundo das relações trabalhistas comprometiam a paz e a harmonia mundial e da necessidade de dar a essas relações um equilíbrio e conteúdo ético. Naquele momento, estava em curso a Revolução Industrial, com a modernidade e o pensamento racional, e a instauração de uma nova forma de trabalho em que, apesar da superação da servidão e da escravidão, não se dava

---

<sup>163</sup> Adota-se a expressão contratos atípicos no sentido de contratos de trabalho em que, embora haja a aplicação das normas trabalhistas, se dão sob regimes particulares de duração, a prazo determinado ou como tempo parcial de trabalho.

<sup>164</sup> ROMITA, Arion Sayão. *Os princípios do direito do trabalho ante a realidade*. Revista LTr., São Paulo, n. 74-09, setembro 2010, pp. 1038-1046.

<sup>165</sup> TEIXEIRA, Sérgio Torres. BARROSO, Fabio Tulio. *Os princípios do Direito do Trabalho diante da flexibilidade laboral*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho 75 n° 3, p. 57-69, jul/set/2009. Porto Alegre: Magister, 2009.

<sup>166</sup> ARAÚJO, Eneida Melo Correia de. *As relações de trabalho. Uma perspectiva democrática*. São Paulo: LTr, 2003, p. 173. "A natureza do Direito do Trabalho, banhando-se de uma forte carga ética, pode servir como indicador de que uma concepção lenta e gradual foi se formando ao longo da história. Essa ideia exigia o reconhecimento dos direitos do trabalhador, os quais não seriam tipicamente da idade contemporânea, do Estado Constitucional de Direito, ainda que os pressupostos para sua transformação em regra jurídica mostrem-se recentes."

a plena autonomia do trabalhador, aspectos que indicavam a insuficiência das normas civis para regular a prestação de trabalho subordinada. É que, embora se tratasse de relação de direito privado, a relação de trabalho apresentava peculiaridade estranha ao conteúdo de igualdade, com a submissão do trabalhador. Isto deu ao Direito do Trabalho uma feição nitidamente protetiva, ao regular a relação trabalhista, o que, para Ruprecht tem o sentido de proteção do trabalho, e não de proteção específica do trabalhador, e que leva Ramalho a, atualmente, tratá-lo como direito compromissório<sup>167</sup>.

Na constatação da nova forma de contrato e de trabalho, e da realidade da execução do trabalho nas fábricas, se erigiram esses princípios, que são: princípio da proteção; princípio da irrenunciabilidade; princípio da continuidade; princípio da primazia da realidade; princípio da razoabilidade; e princípio da boa fé, segundo a maioria da doutrina, e que corresponde à sistematização feita por Plá Rodriguez.

Monereo Perez<sup>168</sup> adverte para os efeitos da complexidade da situação normativa atual, levando a uma diversidade que produz uma ruptura com o princípio da igualdade, pois o cidadão trabalhador deixa de ser uma categoria tendencialmente unitária para se desdobrar em grupos específicos e em diferentes graus de proteção trabalhista, com regulação de mínimos de ordem pública e individualização das relações laborais promovidas pela precarização, levando até mesmo a uma subclasse de pessoas.

Neste tópico, o exame fica, todavia, restrito aos princípios da proteção, da irrenunciabilidade de direitos, da continuidade e da primazia da realidade, por estarem mais diretamente ligados à terceirização, uma das novas formas que revestem as relações de trabalho, e que constitui o cerne da discussão. O princípio do maior rendimento, a que Monereo Pérez se refere, e que é visto como uma tutela do interesse da empresa de que o empregado desenvolva seus serviços de modo a dar o melhor resultado, não é objeto de exame específico, pois se adota o entendimento de Delgado<sup>169</sup> de que não se trata de princípio específico do direito do trabalho. Pela índole constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana no qual se encarta o princípio da dignidade do trabalhador como pessoa humana, e do princípio do não retrocesso social, esses dois princípios serão examinados dentro de tópico específico.

---

<sup>167</sup> Decorre de o direito do trabalho ter uma lógica em que prevalecem ora os interesses individuais ou coletivos dos trabalhadores, ora os interesses da gestão dos empregadores, conforme RAMALHO, Maria do Rosário Paiva. *Direito do Trabalho*. Parte I – Dogmática geral. Coimbra: Almedina, 2005, p. 106.

<sup>168</sup> MONEREO PÉREZ, Jose Luis. *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho flexible del Trabajo*. Valencia, Tirant lo blanch, 1996, pp.73-74.

<sup>169</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios de Direito Individual e coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr., 2001, p. 87.

#### 4.1.2 Princípio da proteção

O princípio da proteção é o mais eminente dos princípios do Direito do Trabalho porque envolve a própria finalidade desse ramo do Direito. Ele assume o conteúdo de proteção do trabalhador, na medida em que se trata de um direito voltado para promover a igualdade jurídica diante da desigualdade econômica que marca as relações trabalhistas e coloca em polos opostos empregado e empregador, mediante a superioridade econômica do empregador, que se acentuou em nosso tempo com a globalização e a decorrente existência dos grandes conglomerados, assumindo o Poder Econômico em redor do Deus-Mercado.

Araújo<sup>170</sup> afirma sua convicção da inviabilidade da ideia de que a proteção ao trabalhador esteja acabando porque as partes são estruturalmente desiguais e a permanência dos conflitos, das diferenças e da desigualdade exige a interferência do Estado, sob pena de seu recuo configurar uma atuação contrária ao sentido universal do homem. Há, todavia, em sentido contrário, o entendimento de que ocorre uma contradição permanente entre o princípio da proteção do trabalhador e o princípio da liberdade da empresa que, no âmbito da economia social de mercado, ao tutelar o interesse do empregador, condiciona e limita o princípio da proteção. Não é surpreendente que, na atual crise econômica, ou terceira fase do capitalismo, que envolve a mudança estrutural das sociedades complexas, a prevalência do critério do rendimento e da continuidade de empresa limitem as manifestações jurídico-positivas do princípio do favor laboral<sup>171</sup>.

Na intensidade da aplicação desse princípio, enquanto Ruprecht<sup>172</sup> se inclina por sua limitação e entende que sua eficácia depende da existência de norma legal explícita, Delgado<sup>173</sup> lhe confere amplitude e o tem como influente em todo o Direito Individual do Trabalho, embora, no trato dos temas trabalhistas, ele frequentemente ceda vez a outros princípios que se mostrem mais específicos.

Sobre a dimensão do princípio da proteção, a maioria do entendimento doutrinário é no sentido de que ele contém três regras: *in dubio pro operário*; norma mais favorável; condição mais benéfica, diretriz adotada por Plá Rodriguez, que as trata como formas de aplicação. Delgado<sup>174</sup> exclui desse âmbito a regra *in dubio pro operário* que considera

---

<sup>170</sup> ARAÚJO, Eneida Melo Correia de. *As relações de trabalho. Uma perspectiva democrática*. São Paulo: LTr. 2003, p. 185.

<sup>171</sup> MONEREO PÉREZ, Jose Luis. *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho flexible del Trabajo*. Valencia, Tirant lo blanch, 1996, pp. 31 e 36-37.

<sup>172</sup> RUPRECHT, Alfredo J. *Os princípios do direito do trabalho*. São Paulo: LTr., 1995, p. 14.

<sup>173</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. São Paulo: LTr. 2001, p. 41.

<sup>174</sup> Idem, id.

problemática, porque já está atendida pelo princípio da norma mais favorável e considera as demais, assim como Pinho Pedreira<sup>175</sup>, como princípios distintos.

A modificação do mundo do trabalho, com os contratos precários pelos quais se fragiliza a situação do trabalhador, e em que se destaca a redução dos empregos, torna mais premente a adoção do princípio da proteção. A própria história de sua formação e desenvolvimento mostra a preeminência que ele deve ter no momento de transformação das relações trabalhistas. Guarda, assim, o mesmo sentido de sua origem, diante de fatos similares. Então, no início da Revolução Industrial, o capitalismo se fortalecia para a acumulação que o caracteriza; hoje, no novo capitalismo, as formas de acumulação tornam desnecessários os empregos, tornando os trabalhadores descartáveis dentro de uma lógica igual à anterior, que é acentuada pela mobilidade e instantaneidade das relações. O princípio da proteção deve prosseguir no desempenho da finalidade de dotar o Direito do Trabalho de mecanismos que confirmam ao trabalhador garantias e compensações por suas desigualdades econômicas e jurídicas.

Ademais, o princípio protetor deve ser visto com um significado civilizatório, para fazer face à flexibilização contida na globalização, uma e outra adstritas aos aspectos econômicos. Um novo alcance deve conduzir para mais além do Direito do Trabalho e seus destinatários clássicos, os exercentes de uma relação de emprego regular e subordinada, para alcançar o trabalho quando, denominado autônomo, traz em si os mesmos traços de precariedade, instabilidade e aviltamento aos seus prestadores.

O princípio da proteção pode ser objeto de um olhar também sobre o enunciado constitucional da proteção em face da automação<sup>176</sup>, para lhe dar extensão e eficácia maior do que apreender nele apenas os procedimentos tecnológicos. O que significam esses procedimentos se não também a redução do número de empregos, pois os trabalhadores são substituídos por máquinas? Como se falar constantemente na redução do trabalho bancário, se esta não fosse permeada pela automação? A proteção do trabalhador não encontra muro de contenção no fato da introdução da máquina, pois a efetividade dessa proteção vai além da promoção de formação profissional.

A luta contra as máquinas tem referência histórica nos *ludistas* mas os fatos em que eles se envolveram significavam, segundo a leitura feita por Hobsbawm<sup>177</sup>, não a preocupação com o progresso técnico abstrato, mas com os problemas concretos do desemprego e

---

<sup>175</sup> PEDREIRA SILVA, Luiz de Pinho. *Principiologia do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1997.

<sup>176</sup> Art. 7º, XXVII – proteção em face da automação, na forma da lei.

<sup>177</sup> HOBBSAWM, Eric. *Os trabalhadores. Estudos sobre a História do operariado*. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 25.

manutenção do padrão de vida, e como tal, fatores que iam além do salário para contemplar a liberdade e a dignidade. A automação atual configura uma nova Revolução Industrial em que as máquinas substituem, reduzem o trabalho humano, para instaurar uma nova forma do trabalho; substituindo o ativismo destruidor de então que teve por efeito retardar a implantação dos teares, hoje, há de ser dar, como exige a Constituição da República do Brasil, a intervenção do Estado. Mais uma vez com Hobsbawm, é preciso que se atente que, outrora, essa intervenção foi feita em favor do empresário para garantir-lhe as reivindicações na introdução das máquinas e beneficiar os novos industriais ingleses, mas, também com a sanção de acordo coletivo com o reconhecimento dos pleitos dos trabalhadores, em termos “mais ou menos justos” o que foi a marca do trabalhismo inglês. Ali, predominaram as contratações coletivas sobre as leis, para a formação dos direitos trabalhistas. Como disse Polanyi<sup>178</sup>, ao rememorar os cercamentos e conversões da terra arável e a posição dos Tudors que, por serem contrários aos cercamentos, foram tidos como reacionários, o prevailecimento dado aos interesses privados não constitui um sinal certo da ineficácia da legislação, pois o ponto principal a ser considerado é que os esforços não foram vãos, porquanto as medidas adotadas obtiveram a diminuição do ritmo da mudança, que não é menos importante do que a direção da própria mudança e o ritmo no qual permitimos que ela ocorra pode depender de nós.

A proteção em face da automação garantida como direito fundamental social pode receber uma leitura ampliadora na qual se inclua a proteção em face das novas formas de trabalho, pois a automação envolve técnicas e equipamentos, a exemplo de computadores, e da mesma forma de antes, não basta ao ser humano saber lidar com a máquina se essa máquina realiza suas tarefas e até outras que ele não consegue realizar, uma vez que é substituído por ela. A máquina deixa de ser apenas auxiliar do ser humano e submetida a ele, para se sobrepor e dominar, definindo o ritmo do trabalho, o número dos trabalhadores e o próprio mercado de trabalho. Na leitura da proteção em face da automação, deve ser entendida a proteção em face da consequência delas, a reestruturação do mercado de trabalho, com novas técnicas. Até à terceirização devem chegar os efeitos dessa proteção, pois os contratos triangulares ocuparam, desde cedo, largo espaço na tecnologia da informação.

Não fica, ademais, o princípio da proteção adscrito ao direito individual. Ressalta Monereo Perez<sup>179</sup>, que esse princípio figura também entre os princípios fundamentais do

---

<sup>178</sup> POLANYI, Karl. *A grande transformação. As origens de nossa época*. 10 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p.55.

<sup>179</sup> MONEREO PÉREZ, Jose Luis. *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho flexible del Trabajo*. Valencia, Tirant lo blanch, 1996, p.32.

direito sindical, porque neles se encartam o da autonomia coletiva e o da participação na direção da empresa, de forma que o princípio da proteção e a função tuitiva do Direito do Trabalho caminha da legislação de tutela do trabalho no sentido da legislação de apoio à atividade sindical de autotutela dos interesses coletivos dos trabalhadores, atuando complementarmente na regulação das questões referentes à força de trabalho, sob a tendência histórica de maior protagonismo dos sujeitos coletivos laborais, para se realizar a emancipação da classe trabalhadora por ação dos próprios trabalhadores, como anunciado por Marx.

#### 4.1.3 Princípio da irrenunciabilidade de direitos

Pelo princípio da irrenunciabilidade de direitos, no Direito do Trabalho clássico, tem-se a inderrogabilidade das normas de proteção ao trabalhador e do conjunto de direitos que lhe são conferidos, sob a natureza de direitos indisponíveis. Esse perfil vem sendo matizado, do que é demonstração eloquente a existência de normas constitucionais que possibilitam a redução do salário e o aumento da jornada, mediante negociação coletiva<sup>180</sup>.

Ao comentar o princípio da irrenunciabilidade de direitos, Ruprecht<sup>181</sup> aponta como uma de suas exceções a renúncia ao emprego por se tratar de um livre e pleno exercício do direito de trabalhar onde se queira, e não o fazer mais quando assim achar conveniente. Os fundamentos dessa afirmação são confrontados pela terceirização, pois o empregado não tem livre vontade de estabelecer onde trabalhar, ficando a liberdade restrita à formação do contrato, isto é, à empregadora, empresa prestadora de serviços. A partir de então, a liberdade quanto ao local de trabalho e à destinatária dos serviços cai diante da própria natureza da prestação de serviços que o vai conduzir ora para ali, ora para acolá.

Anota-se, no quadro, uma exacerbação do *jus variandi*, ou uma nova expressão do poder diretivo de conformar a prestação de serviços? O *jus variandi* é instituto do poder diretivo com base no qual se dá a alteração não prejudicial de uma situação estável em que se encontra o empregado, enquanto na prestação de serviços em terceirização é ínsita a instabilidade com alteração no tomador e no local da prestação de serviços, pois dependente dos contratos civis que a empresa mantenha com outras empresas. Esse procedimento, contudo, traz efeitos na socialização do empregado da prestadora de serviços, cujos vínculos com outros trabalhadores se fazem mais esgarçados, situação que resulta em torná-lo mais vulnerável ocorrendo alteração prejudicial social.

---

<sup>180</sup> Art. 7º, VI, XII e XIV.

<sup>181</sup> RUPRECHT, Alfredo J. *Os princípios do direito do trabalho*. São Paulo: LTr., 1995, p.46.



Se examinada a situação apenas sob a feição de mudança de lugar da prestação do trabalho pelo empregado, ela pode ser conduzida à aplicação do princípio da continuidade do contrato, uma vez que se trata de cláusula principal do contrato e não mera cláusula periférica. Sob esse ponto de vista, no contrato do trabalhador terceirizado, se exacerba a aplicação do princípio da continuidade do contrato, uma vez que, a despeito das contínuas modificações quanto ao serviço, se daria sua continuidade. Ademais disso, nessa alteração pode ser considerada a real necessidade da empresa pela própria natureza de seu objeto e, discutido da parte do trabalhador, um consentimento de forma tácita porque ínsito à espécie de atividade da empresa. Nesse contexto, o princípio da irrenunciabilidade atrai outros conteúdos.

Afirma Araújo<sup>182</sup> que o trabalho não é um simples ato de sobrevivência do trabalhador, mas a continuidade da vida em sociedade, de forma que a liberdade de contratar vai além da formalidade para, através da percepção de sua materialidade, contemplar a desigualdade existente de modo que a força do mais forte não possa anular a vontade do hipossuficiente. É necessário o justo equilíbrio social, que somente pode ser obtido mediante a interferência do Estado e dos grupos sociais, que não pode ser suplantada pelo ato individual, em que o empregado alija as garantias assim formadas.

#### **4.1.4 Princípio da continuidade**

Sobre o princípio da continuidade, sua principal aplicação se encontra na preferência pelos contratos de trabalho de prazo indeterminado, e no caráter exceptivo dos contratos com determinação de prazo. Cabe nesse sentido observar as disposições da Constituição da República quanto à despedida arbitrária; participação nos lucros; aviso prévio proporcional ao tempo de serviço<sup>183</sup>.

Os contratos de prazo indeterminado levam à inserção e possibilidade de profissionalização do trabalhador, e o estado profissional do trabalhador tem importância econômica e jurídica, pois atende simultaneamente às empresas com a garantia de melhor desempenho e, especialmente, cumpre a proposição constitucional de uma ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa.

#### **4.1.5 Princípio da primazia da realidade**

O princípio da primazia da realidade expressa o tratamento do trabalhador dentro do mundo real de sua prestação de serviços. Usualmente identificado como a prevalência dos fatos sobre os documentos, nele se pode encontrar a possibilidade de afastar os véus que

---

<sup>182</sup> ARAÚJO, Eneida Melo Correia de. *As relações de trabalho. Uma perspectiva democrática*. São Paulo: LTr., 2003, p. 187.

<sup>183</sup> Art. 7º incisos I, XI e XXI.

cobrem as circunstâncias relevantes para sua condição e que se tornam mais espessos nas formas de contratação adrede preparadas para inibir a formação dos contratos de trabalho tutelados pelo Direito do Trabalho.

Assinala Cavalcanti <sup>184</sup> que as transformações no trabalho deram lugar a pessoas ou empresas subcontratadas, juridicamente independentes, mas economicamente dependentes e a trabalhadores juridicamente dependentes. A autora ressalta a importância do princípio da primazia da realidade para dar uma conformação à oposição entre o mundo real e o mundo formal e conter os mecanismos de formação de empresas unipessoais, que são uma nova investida contra as relações trabalhistas.

Com efeito, por meio de empresas unipessoais, os trabalhadores atuam dentro dos requisitos do contrato de trabalho, sem que lhes sejam dadas as garantias inerentes ao Direito do Trabalho. Também, a terceirização funciona como mecanismo para a formação de vínculos empregatícios mais precários, ao tempo em que encobre o vínculo real com o tomador de serviços, em relação ao qual ocorre a efetiva inserção na atividade e por quem é exercido o poder diretivo, mediante a fixação das tarefas a serem cumpridas. É nesse princípio que se encontra a raiz do reconhecimento do vínculo de emprego com o tomador de serviços enunciado na jurisprudência sumulada <sup>185</sup>. A partir dele, recompõe-se os fatos com os registros formais e se encontra a verdadeira face do empregador.

Plá Rodriguez <sup>186</sup> aponta entre os fundamentos desse princípio, a dignidade da pessoa humana, argumentando que a prestação da atividade humana como efeito principal do contrato participa da dignidade procedente da natureza humana e a desigualdade das partes, considerando que ele serve a corrigir a anomalia que separa as partes por meio da desigualdade econômica.

#### **4.1.6 Princípio do não retrocesso social**

A vedação ao retrocesso social é um princípio que se aplica aos direitos sociais e tem incidência no Direito do Trabalho. Trata-se de princípio externo aplicável ao Direito do

---

<sup>184</sup> CAVALCANTI, Lygia Maria de Godoy Batista. *A flexibilização do Direito do Trabalho no Brasil. Desregulação ou Regulação Anética do Mercado?* São Paulo: LTr. 2008.

<sup>185</sup> Súmula 331. Contrato de Prestação de Serviços. Legalidade (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) – Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011. I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974). (...) III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

<sup>186</sup> RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. Tradução Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr. USP, 1978, p. 227.

Trabalho<sup>187</sup>, que, a partir do texto constitucional, assegura eficácia ao projeto de criação de uma sociedade justa e solidária e permite a concretização dos direitos que visam à proteção em situações de vulnerabilidade social.

Por essa dicção, os direitos concretizados como expressão das normas de direitos fundamentais que abrangem os direitos sociais passam a constituir direitos subjetivos e devem alcançar progressividade e universalidade. Os direitos sociais têm um sentido vertical e horizontal, pelos quais alargam seu conteúdo e ampliam o rol de seus destinatários. Basta considerar um direito concretizado para uma determinada classe de pessoas, que, por sua repercussão social, causadora de uma situação melhor, pode ser objeto de outra norma para levar a sua aplicação a outros grupos igualmente vulneráveis ou hipossuficientes. Embora os subsistemas sociais estabeleçam situações específicas, eles são intercomunicantes e dialogam entre si; esse diálogo pode ser frutífero na construção de melhores condições sociais dentro do sistema jurídico no qual se considera a pessoa humana concreta.

Uma vez que o Direito do Trabalho tem como função central a melhoria das condições de pactuação da força de trabalho, e o princípio da vedação do retrocesso visa à concretização de condições sociais dignas para o cidadão, ele ocupa um lugar destacado no conjunto dos princípios de direito individual e coletivo do trabalho.

O valor do trabalho é afirmado na ordem constitucional brasileira democrática, como fundamento da República (art. 1º, IV), figura em normas regentes dos direitos sociais (arts. 6º e 7º) e no tratamento normativo da ordem econômica (art. 170) e da ordem social (art. 193). Logo, o trabalho é princípio, fundamento, valor e direito social, que está presente na Constituição, mas, como diz Delgado<sup>188</sup>, o reconhecimento da estrutura e eficácia jurídica dos direitos fundamentais do trabalho, no caso brasileiro, não significa atestar-se sua efetividade – em síntese, sua eficácia social.

Ao constituir princípio, fundamento e valor, o trabalho, que é o objeto do Direito do Trabalho, notadamente como trabalho subordinado, que corresponde ao seu modo típico na sociedade capitalista, entrelaça-se ao objetivo constitucional da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com o valor da justiça social conformadora de uma existência digna.

A diretriz do não retrocesso estabelece forte e profícuo diálogo com a universalidade e progressividade dos direitos sociais afirmados nas normas da Organização Internacional do Trabalho, sob a concepção de que o trabalho não é mercadoria e, como tal, o trabalhador

---

<sup>187</sup> Princípio externo é aquele que não é especial, próprio ou oriundo do Direito do Trabalho, mas tem importância na estrutura e dinâmica do ramo trabalhista, conforme DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2001, p. 37.

<sup>188</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. Revista LTr Legislação do Trabalho. São Paulo, n. 70-06, jun. 2006, p. 663.

deve encontrar, em seu trabalho, não apenas o meio de prover sua subsistência e suas necessidades mínimas e imediatas, mas também a realização de seu projeto de vida, como pessoa dentro do mundo.

Todavia, as novas formas de trabalho, engendradas na atual fase do capitalismo, em que a economia financeira ocupa o lugar central e se exacerbam os mecanismos de exploração do trabalho mediante novas formas de organização social e técnica da produção, embaçam os valores e normas do Direito do Trabalho Clássico. É proposto, em seu lugar, o Direito Flexível do Trabalho, com a desfiguração da relação trabalhista mediante a supremacia da autonomia e liberdade contratual e a introdução de relações contratuais destituídas de regulamentação e de proteção social.

O princípio do não retrocesso social constitui uma forma de resistência ao Direito Flexível do Trabalho<sup>189</sup>, que opõe os direitos sociais já alcançados como barreira à desconstrução da regulação social promovida pelo ideário do modelo neoliberal e resultante da abstenção do Estado frente às relações de trabalho.

“Nem um passo atrás”, como dito em famosa obra.

Aplicável aos direitos fundamentais, o princípio da vedação do retrocesso vai, no âmbito dos direitos trabalhistas, se aliar ao princípio da proteção confluindo ambos em teleologia de proteção, segundo as correspondentes dimensões interna e externa: enquanto um propende para a formação de uma rede de proteção do trabalhador e é específico do Direito do Trabalho, o outro se destina à inalterabilidade, *in abstracto*, de direito fundamental regulamentado e constitui um princípio jurídico geral aplicável ao Direito do Trabalho.

Um dos aspectos mais sensíveis da aplicação desse princípio é a superveniência de novas normas sobre o direito social já regulado. Isto cresce de importância no Direito do Trabalho, frente às investidas da desregulamentação. Barcellos propõe como teste para verificação de constrangimento de uma nova regulamentação com o princípio da vedação do retrocesso, a verificação da ocorrência de adequada realização do direito fundamental, naquele momento e naquela cultura. Trata-se da análise da aplicabilidade e fruição do direito fundamental, por seus destinatários, o que implica considerar sua extensão e seus limites. O princípio da vedação do retrocesso não tem um sentido absoluto e, conforme esclarece Sarlet<sup>190</sup>, pode ocorrer a reavaliação dos meios utilizados para a efetivação dos direitos fundamentais com a adoção de outras soluções.

---

<sup>189</sup> TEIXEIRA, Sérgio Torres. BARROSO, Fabio Tulio. *Os princípios do Direito do Trabalho diante da flexibilidade laboral*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho Porto Alegre: Magister. 2009, vol. 75-nº 3, pp. 57-69, jul/set/2009, pp. 57-69.

<sup>190</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 448.

No âmbito do Direito do Trabalho, a aplicação do princípio do não retrocesso na dinâmica das relações sociais é ainda confrontada pela possibilidade de os direitos e garantias dos trabalhadores serem entregues à solução das partes sob a desigualdade de suas condições.

Os avanços sociais que ocorreram ao tempo do Estado Social têm sofrido constantes investidas que não se resumem ao não fomento de melhoria ou de progresso na situação dos trabalhadores, mas, de modo muito mais grave, visam à retirada, ou exclusão, de direitos reconhecidos ou à sua modificação com efeitos tais que equivale à sua extinção, como se percebe entre banco de horas e horas extras. Também se encontra essa derruição no procedimento da terceirização, que implica o trabalho precário e móvel, o qual solapa os direitos trabalhistas cuja aquisição depende da continuidade do vínculo e cria a instabilidade das relações de trabalho.

Pelo princípio da vedação às medidas retrocessivas, ocorre impedimento ao legislador na instauração de mudanças e reformas legislativas que suprimam conteúdos relevantes de direitos trabalhistas, o que pode ser levado mais além incidindo na formulação das normas autônomas pelos entes coletivos obreiros e empresariais.

O mandato constitucional de avanço e melhoria nos direitos sociais, como decorrência da centralidade da pessoa humana, no Estado democrático de direito, pelo qual se interligam e atuam a um só tempo a pessoa, o cidadão e o trabalhador, se realiza no princípio do não retrocesso social de modo a que as relações de trabalho não tenham solapado seu alcance civilizatório.

## **CAPÍTULO V - O neoliberalismo: suporte ideológico e fonte material da sociedade do trabalho atual**

### **5.1 A sociedade pós industrial e pós-moderna**

O capitalismo construiu uma forma de sociedade para atender aos seus fins. Com a mais recente crise do capital, que é geralmente situada a partir de 1970 e que atingiu os países centrais, com repercussão nos países emergentes, pois, de alguma forma, Norte e Sul se ressentiram dela, tornou-se imperiosa uma reestruturação surgindo a questão sobre o modo em que ela se faria.

As vitórias políticas de Margaret Thatcher na Inglaterra e Ronald Reagan nos Estados Unidos reestruturaram o mercado, com embasamento no pensamento único neoliberal, promovendo o deslocamento do Estado de centro da sociedade e da grande narrativa da modernidade, para buscar estabelecer o mercado como novo centro da sociedade. Nessa linha, propalou-se não ser conveniente para a reprodução do capitalismo que o Estado investisse recursos na promoção de políticas públicas e planejamento da economia: a ausência do Estado, nas relações de produção, se tornou um dos elementos mais fortes para a nova dinâmica do capitalismo, cuja permanência refaz e configura as relações sociais, segundo um modelo econômico que é destinado à implementação e fortalecimento de uma conjuntura de acumulação capitalista. A cada crise, o capitalismo propõe uma revisão das relações sociais, como acontece agora, quando retoma procedimentos anteriores que aprofundam a oposição entre capital e trabalho.

No mundo do trabalho, o modelo desenhado na globalização econômica e revolução tecnológica dá lugar a empresas virtuais, determina processos de fusão e aquisição de empresas, e instaura uma concentração que tende ao estabelecimento do mercado único, com o que, ao mesmo tempo, acarreta a transformação do modo da prestação de serviços e do seu local.

Nesse movimento, a literatura pertinente aponta a ocorrência de um colapso das identidades modernas, com seu deslocamento ou descentramento<sup>191</sup>, mediante uma mudança estrutural, que implica a mudança das identidades pessoais, com a perda de um sentido de si e descentração dos indivíduos, tanto de seu lugar no mundo social e cultural quanto de si mesmos. Trata-se de uma das características da sociedade pós-moderna. Enquanto o sujeito do Iluminismo era unificado e centrado e o sujeito sociológico se encontrava diante da complexidade do mundo moderno e desenvolvia uma interação entre o 'eu' e a sociedade, o

---

<sup>191</sup> HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. 11. ed., Rio de Janeiro: DP & A, 2006.

sujeito pós-moderno se vê diante da multiplicidade de identidades, dentro de sistemas de significação e representação cultural múltiplos. Essas identidades, ao tempo em que são múltiplas, cambiantes e possíveis, instauram na modernidade tardia, para o indivíduo, a variação de sua posição no mundo e da forma como o sujeito é interpelado ou representado. As sociedades modernas mudam constante, rápida e permanentemente, o que impõe aos sujeitos experiências novas, o que também alcança as questões de classe social.

Na Idade Moderna, o sujeito era centrado em discursos e práticas, o que bem se caracteriza, quanto ao trabalhador, no fordismo, com os tempos rígidos e tarefas delimitadas. É amplamente aceito que o capitalismo, em seu início, exigiu uma concepção mais individualista do sujeito, mas as sociedades modernas, ao se tornarem mais complexas, assumiram uma forma mais coletiva e social<sup>192</sup>. Nela, o trabalho tinha um lugar central e específico, como elemento da identidade pessoal, da sobrevivência individual e da ordem social.

A pós-modernidade, ou modernidade tardia, ao estabelecer o descentramento e a fragmentação, teve entre suas premissas a consideração das condições históricas e dos recursos materiais e culturais do momento em que se dá a atuação do indivíduo, bem como do poder disciplinar como regulação e vigilância que sobre ele operam. Ela promoveu para isto uma individualização maior do sujeito, que se vê diante de uma sociedade com múltiplos centros e autodescrições sendo definida pelas partes em que está fragmentada.

Desde o fordismo e o trabalhador sem qualificação, e o taylorismo do trabalhador especializado, com a divisão do trabalho em frações ou etapas da produção, afirmou-se a racionalidade como determinante do modo de trabalho e da separação do produto do trabalho e do sujeito trabalhador. Na nova sociedade, a adoção do toyotismo não implica uma diferença radical, pois a multifuncionalidade exigida da mão de obra também é uma fase de racionalização do trabalho, sendo de salientar logo que as formas da produção não são estanques ou sucessivas, pelo contrário, convivem fordismo e toyotismo. A racionalização que foi formulada para o trabalho abstrato e que informa o conceito capitalista de valor, envolvendo o tempo de trabalho, prossegue em novas formas, quando setores de ponta buscam fazer com o que o escritório se pareça com a casa, oferecendo refeições gratuitas e

---

<sup>192</sup> HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. 11ª ed., Rio de Janeiro: DP & A., 2006, pp.28-30.

programas de exercícios, o que mantém os empregados no escritório por maior número de horas<sup>193</sup>.

As novas formas de trabalho e a fragmentação do indivíduo, interpelado por múltiplas identidades sociais expressa a fragmentação do mundo cuja superação exige a percepção de que a fratura das identidades não anula a singularidade, e que, em um conceito aberto, a multidão é formada por todos aqueles que trabalham sob o domínio do capital, no qual as diferenças não impedem a comunicação e a colaboração<sup>194</sup>. A pós-modernidade se instala em um mundo aberto e infinito que foi configurado a partir da modernidade, mas exclui dele as grandes narrativas da política e da religião, do Estado-nação e de Deus, e pelo descentramento aponta para a existência de centros múltiplos, possibilidades diferentes as quais têm na diversidade e na multiplicidade suas referências. Conforme Dufour<sup>195</sup>, com a queda do Muro de Berlim e a passagem da China para uma economia de mercado, desapareceu também a grande narrativa da emancipação do povo trabalhador e, na economia neoliberal, ou ultraliberal que não tem amarras, o trabalho não é mais produção de valor em si, e o capital não é criado pela mais-valia. Aparece a economia virtual, que cria muito dinheiro com quase nada e vende o que ainda não existe, não existe mais ou nunca existiu.

Não há mais centralidade, não há mais o grande sujeito. Na sociedade pós-moderna, as situações são voláteis, e a instabilidade é o único sinal da existência. Há só o presente, e nele a incerteza e a fragmentação. Depara-se o conceito de pessoas redundantes, desnecessárias que sequer podem nutrir a expectativa de um lugar na sociedade, pois o mundo, em um giro muito rápido, deslocou ou fez cair do veículo<sup>196</sup> em aceleração grande número de pessoas, enquanto outro contingente nem mesmo conseguiu embarcar ou correr até o veículo<sup>197</sup>.

Isto corresponde à introdução, no mundo do trabalho, do Direito do Trabalho flexível, que assume as formas do momento, do local, como requerido pelo Mercado, mas que não confere localização ou identidade, nem mesmo expectativas a todos. O mercado e a mercadoria crescem e ascendem a uma posição dominante, aspirando ao papel de Grande

---

<sup>193</sup> HARDT, Michael. NEGRI, Antonio. *Multidão. Guerra e democracia na era do Império*. Tradução Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2005, p. 194.

<sup>194</sup> Idem, pp. 146-148.

<sup>195</sup> DUFOUR, Dany-Roberto. *A arte de reduzir as cabeças. Sobre a nova servidão na sociedade ultraliberal*. Tradução de Sandra Regina Filgueiras. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2005, pp. 67-69.

<sup>196</sup> GIDDENS, Anthony. *As Consequências da Modernidade*. Tradução de Fernando Luiz Machado e Maria Manuela Rocha. Oeiras: Celta. 1996, p. 96-97. Viver no mundo da modernidade é traduzida na imagem do, "carro de Jagrená- um engenho descontrolado de enorme potência que, colectivamente, enquanto seres humanos, podemos conduzir até certo ponto, mas que também ameaça fugir ao nosso controlo e despedaçar-nos. O carro de Jagrená esmaga aqueles que tentam resistir-lhe, e embora algumas vezes pareça seguir caminho estável, há ocasiões em que muda erraticamente de rumo em direcções que não podemos prever."

<sup>197</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Vidas desperdiçadas*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005, pp.23-25.



Sujeito da Pós-modernidade, para o qual existe o sujeito, e ocorre o assujeitamento. O discurso do mercado é a autonomia, a liberdade, e o discurso neoliberal, ou ultraliberal, se apresenta como a face atual da racionalidade. Não há distância, não há tempo, não há narrativa oposta que não esteja ultrapassada pelo Mercado, cujo poder se expande para alcançar tudo e todas as atividades humanas, sobrepondo-se ao Estado-nação e aparecendo como novo Grande Sujeito.

Dufour<sup>198</sup> recusa esse papel de racionalidade última ao Mercado, apontando a leniência dos Estados, o conformismo da política em aceitar o desmantelamento do Estado como se, em uma catástrofe, bastasse apresentar as razões para justificar o procedimento que determinara sua eclosão. O mercado se tornou onipresente e suas mensagens operam em um espaço de naturalidade, sem que haja a reação ao seu domínio, às suas regras e exigências. Somente se ouve como palavra de ordem o aumento cada vez mais intensivo de produtividade e a extensão de mercados, com a agregação de novas necessidades, novos espaços e novas relações. O Mercado cresce com a abdicação do ato político e impõe a rede de trocas de mercadorias como nova forma de relações, que se mostra reducionista do sujeito ao impor a ele definir-se por ele mesmo: isto corresponde, no mundo do trabalho, à autorreferenciação do sujeito do trabalhador pela autonomia jurídica e pela liberdade econômica, sem que ocorra a mediação do Estado, que se ausenta dessa relação demitindo-se do papel político e do significado do Estado Social, para dar preeminência ao econômico.

## **5.2. A sociedade da globalização**

A análise da sociedade atual, conhecida como sociedade global, mostra a existência de um processo constante e múltiplo de transformação, que se afasta dos parâmetros fixados na modernidade, como objetividade, neutralidade e visão mecanicista do mundo, seguindo a incerteza e questionamento. Essa mudança acarreta múltiplas consequências na sociedade e nas relações sociais, atingindo seus protagonistas. Enquanto ocorre a globalização do capitalismo, como modo de produção, instala-se a sociedade global, com suas estruturas de poder econômico e político.

As relações sociais, como as do mundo do trabalho, sofrem essa alteração com a desestruturação do arcabouço da clássica relação de trabalho e do modelo desenhado ao longo das fases do capitalismo e de cada revolução industrial. O Estado que caminhou do modelo Liberal ao Estado Social de Direito se depara com uma formulação que lhe nega a centralidade anterior, moldando-se a nova realidade no Mercado.

---

<sup>198</sup> DUFOUR, Dany-Roberto. *A arte de reduzir as cabeças. Sobre a nova servidão na sociedade ultraliberal*. Tradução de Sandra Regina Filgueiras. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2005.

Surgem movimentos sociais que interpretam e afirmam os interesses de diversas categorias sociais, propondo a superação da definição da sociedade pelo trabalho ou pela produção, característica da sociedade industrial.

Para Ianni<sup>199</sup>, são várias as metáforas que, acerca da globalização, se encontram nos textos que a analisam: aldeia global, fábrica global que serve à reprodução ampliada do capital, com processos de concentração e centralização do capital, nave espacial que traduz o reino da racionalidade instrumental, no qual o indivíduo é subalterno; nelas se encontra a transformação das bases sociais de nosso tempo, e a incerteza e inquietação que se seguem à perda das referências.

Essas metáforas, como as novas relações e movimentos sociais, apresentam visões da chamada pós-modernidade; Giddens<sup>200</sup> considera que a impossibilidade de dar coerência à História, de não se poder saber nada com qualquer certeza, pela falibilidade dos fundamentos preexistentes e insubsistência de versão de progresso infinito, constituem transições de grande alcance, que, no entanto, não destroem ou substituem a modernidade que se mantém assumindo sua feição radical. Mas, para ele, a modernidade é intrinsecamente globalizante e, portanto, uma das consequências fundamentais da modernidade é a globalização, como processo de desenvolvimento desigual e fragmentador.

Um dos traços mais fortes da globalização é a internacionalização do capital que traz consigo, na transformação qualitativa e quantitativa do capital, a chamada “fábrica global” em que estão subsumidas todas as outras formas de organização social e técnica do trabalho, e que provoca o redimensionamento de espaços e tempos. Segundo Ianni<sup>201</sup>, é da compressão do espaço que se fez a globalização, derruindo fronteiras e nivelando procedimentos sob a hegemonia das ciências naturais e a força do mercado.

Conforme expressa Neves<sup>202</sup>, tem-se uma sociedade multicêntrica que desenvolve um mecanismo de influência entre as diversas esferas sociais, como entre economia e direito no acoplamento estrutural de propriedade e contrato<sup>203</sup>, e a economia apresenta o código binário forte, mediante a diferença entre ‘ter’ e ‘não ter’.

---

<sup>199</sup> IANNI, Octávio. *Teorias da globalização*. 8., ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000, pp. 16-25.

<sup>200</sup> GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Tradução de Fernando Luis Machado e Maria Manuela Rocha. 3 ed., Oeiras-Celta, 1990.

<sup>201</sup> Idem. pp. 18-19.

<sup>202</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

<sup>203</sup> “No âmbito do direito, o contrato e a propriedade servem como critério orientador da definição entre lícito e ilícito; no campo da economia, são instrumentos, critérios e programas para orientação do lucro conforme a diferença binária entre ter/não ter. O sentido econômico e o jurídico do contrato permanecem específicos a cada um dos sistemas, um primariamente normativo e outro primariamente cognitivo. Não obstante, a economia moderna não pode prescindir desses institutos jurídicos para o seu desenvolvimento, assim como o direito

Na sociedade contemporânea, deu-se a expansão imperial da racionalidade da economia, o que impele o desenvolvimento para a manutenção e reforço da hegemonia da economia, atendendo pelo nome de mercado. Aos modelos fordista do trabalhador sem qualificação e taylorista do trabalhador especializado seguiu-se o toyotismo em que se impõe a multifuncionalização da mão de obra. O conceito capitalista de valor e o tempo de trabalho, mediante novas formulações<sup>204</sup>, engendram novas formas do trabalho quer nos setores de ponta, quer mediante a externalização do trabalho.

A modernidade no pensamento clássico significava a esperança e a intenção de produzir a ordem, ou como diz Bauman<sup>205</sup>, a vontade de tornar o mundo melhor e expandir a mudança e a melhoria, universalizando-as. Todavia, a globalização ocupa esse lugar e nele funda a desordem mundial, com a ausência de um centro e a rápida rotação dos objetos.

Na voragem da globalização, foi estabelecido o neoliberalismo, que Anderson<sup>206</sup> enxerga como um corpo de doutrina coerente, auto-consciente, lucidamente decidido a transformar todo o mundo à sua imagem, o que é promovido por meio da adoção do pensamento único capitalista, para além do pensamento hegemônico.

A atual fase do capitalismo, neocapitalismo, ou terceiro capitalismo promove a globalização em relação simbiótica com o neoliberalismo, o que se traduz em mudanças políticas, econômicas e sociais.

### **5.3 As mudanças no mundo do trabalho**

#### **5.3.1 Mudanças políticas, econômicas e sociais nas relações de trabalho**

A globalização, ao trazer a intensificação da expansão do mercado, concentrou seu poder no viés econômico, no Mercado. A sua atuação determinou novo desenho que combinava o enfraquecimento do Estado-nação, em face das entidades supranacionais, e a desigualdade social, cada vez mais profunda entre Norte e Sul, como entre pessoas. As mudanças políticas, econômicas e sociais têm suas ligações intensificadas no mundo global com a interdependência entre os Estados, e um mercado globalizado que afeta, em qualquer momento, a cada Nação, e as populações que, dependendo de trabalho, produção e dos recursos do meio ambiente, se viram comprimidas para constituir a massa modelada pelo Mercado e em conformidade às vantagens e interesses que ele estabelecesse. A grande

---

moderno pressupõe uma dinâmica veloz de trocas, circulação e apropriação econômica de bens e valores para manter e inovar permanentemente os institutos do contrato e da mutação da propriedade.” (id. p. 36)

<sup>204</sup> HARDT, Michael; NEGRI, Antônio. *Multidão Guerra e democracia na era do Império*. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record. 2005, p. 194.

<sup>205</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Globalização. As consequências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 67.

<sup>206</sup> ANDERSON, Perry. *Balanço do neoliberalismo*. IN: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (orgs.) *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o estado democrático*. 4.ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995, pp.9-23.

questão que abrange todos esses aspectos era definir a quem caberia o norteamento das decisões que atingiriam os interesses, a vida das pessoas comuns e como a democracia exerceria seu papel nos Estados diante dos novos mecanismos do Mercado.

Perscrutar esse caminho implica considerar a existência dos direitos fundamentais e a atuação estatal, o que se examinará no próximo item.

### **5.3.2 O direito flexível do trabalho**

O desenho das relações de trabalho traçado no Direito do Trabalho Clássico perdeu, no modelo neoliberal, sua nitidez e clareza, para se tornar uma mancha difusa, cujas bordas imprecisas contém modelos atípicos de contrato de trabalho. Não se trata mais de contratos de trabalho especiais, modalidade que se formou dentro da observação e apreensão de condições de vida especiais e para lhes dar tratamento singular que atendesse essas peculiaridades, mas de outras formas de contrato traçadas pelo mercado e conformes às necessidades contingentes das empresas. Há o deslocamento do foco, do trabalhador para a empresa, o que se verifica nos mais variados segmentos e categorias profissionais. Os trabalhadores bancários, cuja jornada e condições de exercício e a estruturação hierárquica, isto é, a gestão do serviço estão disciplinadas na CLT<sup>207</sup>, enquadravam-se em contratos especiais, mas, de um certo tempo para cá, a contratação nessa categoria de trabalhadores passou a ser dividida com os contratos de trabalhadores secundários da nova divisão do trabalho, que traz embutida a descaracterização dessa classe.

Trata-se de efeito do novo modelo liberal e das desigualdades dele decorrentes, no centro da própria estrutura social, causando a degradação da condição salarial e a perda da cidadania ativa dos trabalhadores sem trabalho ou trabalhadores pobres, bem como dos aposentados pobres, que se afastaram ou foram afastados do mercado de trabalho. O bem-estar do cidadão é afetado, de um lado, pela redução do papel do Estado e, de outro, pela ampliação do mercado, tanto ao moldar trabalhadores precários e desassistidos, como ao conferir a proteção social aos indivíduos que a ele acorrem, como consumidores de proteção social.

O Estado de Bem-Estar diminui seu papel, que se torna residual ou marginalista, limitado a garantir aos cidadãos direitos sociais de intensidade protetora mínima, em termos quantitativos e qualitativos. Com isso, há uma renúncia em estabelecer uma plena cidadania

---

<sup>207</sup> CLT: art. 224 a 226.

social dentro do Estado Social<sup>208</sup>.

Para dar conta dessas modificações, um outro Direito do Trabalho passou a ser configurado. Nele, propõe-se a revisão do Direito do Trabalho clássico e a ruptura do compromisso com a proteção ao trabalho. É um direito cujo fundamento eminentemente contratual corresponde à ligação entre dois sujeitos, segundo o matiz liberal, em que esses sujeitos são dotados de autonomia da vontade e de liberdade de negociação, exercendo o Estado um papel mínimo. Exsurge uma diferenciação na intensidade da proteção social, dentro da universalização dos direitos sociais, adotando-se uma perversa divisão em que há proteção social melhor e mais ampla para os trabalhadores com emprego por prazo indeterminado e tempo integral mas que são em número cada vez mais reduzido e há proteção mínima para os numerosos trabalhadores figurantes dos novos contratos, como o novo contrato a prazo determinado<sup>209</sup>.

Ligada ao toyotismo e fundada na economia e no mercado, essa ordem laboral contém um novo Direito do Trabalho: ao lado do Direito do Trabalho clássico, aplicável a uma parte, cada vez menor, dos trabalhadores, inscreve-se o Direito flexível do Trabalho. Essa é a designação mais consentânea da nova feição do direito laboral, tanto porque encerra a proposta de flexibilização dos institutos trabalhistas, como o banco de horas, a dessalarição de parcelas pagas ao trabalhador<sup>210</sup>, como porque, como adverte Uriarte<sup>211</sup>, tem força ideológica mediante uma manipulação intencional da linguagem, em que a flexibilização corresponde à modernidade e constitui algo positivo que se sobrepõe às condições rígidas, seu oposto.

Ocorreu, com a introdução do toyotismo, uma nova mudança nas relações de produção que, por sua vez, acarretou o enfraquecimento dos institutos do Direito do Trabalho Ordinário e estabeleceu o novo Direito Extraordinário do Trabalho, o Direito Flexível do Trabalho. Com a relativização da produção, de suas formas e de seus sujeitos, instaurando-se a fragmentação e a multiplicidade, a mudança de paradigmas, o sistema jurídico, e nele, o

<sup>208</sup> MONEREO PÉREZ, Jose Luis. Introdução. In BARROSO, Fabio Tulio. *Direito Flexível do Trabalho. Abordagens Críticas*. Recife: Universitária da UFPE, 2009, p.24.

<sup>209</sup> Lei 9.601, de 21 de janeiro de 1998. Art. 2º. Para os contratos previstos no art. 1º, são reduzidas, por sessenta meses, a contar da data de publicação desta lei: I – a 50% (cinquenta por cento) de seu valor vigente em 1º de janeiro de 1996, as alíquotas das contribuições sociais destinadas ao Serviço Social da Indústria – SESI, Serviço Social do Comércio-SESC, Serviço Social do Transporte – SEST, Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial – SENAI, Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial – SENAC, Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte – SENAT, Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas – SEBRAE e Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA, bem como ao salário-educação e para o financiamento do seguro de acidente do trabalho: II – para 2% (dois por cento) a alíquota da contribuição para o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, de que trata a Lei n. 8.036, de 11 de maio de 1990.

<sup>210</sup> CLT. Art. 458, § 2º, conforme 10.243, de 19 de junho de 2001.

<sup>211</sup> URIARTE, Oscar Ermida. *A flexibilidade*. São Paulo: LTr, 2002, p.18.

sistema das relações laborais antes definidas e encimadas pela proteção social conferida pelo Estado, sofreu uma transformação e se modificaram seus institutos.

Caminham paralelos o Direito do Trabalho Ordinário e o Direito Extraordinário do Trabalho<sup>212</sup>, assim como o trabalhador central e o trabalhador periférico, e ainda o trabalhador por conta própria, exercente do trabalho à margem do emprego formal. O Direito do Trabalho, que constituía o elemento socializador do trabalhador no âmbito social e empresarial, é afastado paulatinamente das normativas laborais para dar lugar à flexibilização laboral, na qual se altera o centro protetor institucional para se situar em favor dos empregadores que se tornam politicamente mais fortes.

Se no campo do Direito Individual é mais visível e destacada essa nova concepção do Direito do Trabalho que se aparta da proteção do trabalhador que é seu substrato e elemento intrínseco para proclamar a desregulação e flexibilização, no campo do Direito Coletivo a mesma concepção está presente para, aí, estabelecer regulamentação e obstáculos à greve, concebida e reconhecida como meio de expressão e luta do trabalhador contra a opressão do capital. Contraditoriamente, enquanto erige dificuldades à negociação coletiva, o Direito Flexível do Trabalho determina, nas relações atípicas de emprego e na aceitação de novas formas de trabalho, que a composição privada coletiva seja o modo de validação. Nesse procedimento, a privatização da forma de composição normativa, como tarefa desempenhada pelos coletivos de empregados legitimados a agir por meio da negociação coletiva, serve de meio para fortalecimento da teoria da vontade em detrimento da concepção social do Direito ordinário do trabalho; à composição privada coletiva é dado um papel corroborador da relação flexível, o que ficou evidenciado no Projeto de Lei 5483/2001 destinado à alteração do art. 618 da CLT<sup>213</sup>.

A flexibilização laboral representa a mudança do centro protetor institucional e do fundamento do Direito do Trabalho para nele entronizar o mercado, a economia e os empregadores que se tornam politicamente mais fortes, em um contexto de desemprego massivo<sup>214</sup>. É a negação do princípio de que o trabalho não é mercadoria, princípio fundante do Direito do Trabalho; como destaca Barroso<sup>215</sup>, para a filosofia neoliberal os princípios do

---

<sup>212</sup> BARROSO, Fábio Tulio. *Manual de Direito Coletivo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2010, p. 57.

<sup>213</sup> Art. 1º. O art. 618 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, passa a vigorar com a seguinte redação: Art. 618. As condições de trabalho ajustadas mediante convenção ou acordo coletivo prevalecem sobre o disposto em lei, desde que não contrariem a Constituição Federal e as normas de segurança e saúde do trabalho. (NR). In [www.imagem.camara.gov.br](http://www.imagem.camara.gov.br). Acesso em 30-01-2012 às 15:05 h.

<sup>214</sup> BARROSO, Fábio Tulio. *Direito Flexível do Trabalho. Abordagens críticas*. Recife: Universitária da UFPE, 2009, p.37.

<sup>215</sup> Idem. p.67.

Direito do Trabalho estão ultrapassados e o trabalho não difere de outras mercadorias, tratado segundo os princípios da autonomia da vontade e da liberdade contratual.

Esse foi o caminho pelo qual ingressaram nas relações trabalhistas os modelos atípicos de contrato de trabalho, que serão examinados, a seguir.

### 5.3.3 Os modelos atípicos de contrato de trabalho

#### 5.3.3.1 As formas flexíveis do trabalho

O início da transformação do Direito do Trabalho, no Brasil, se localiza na instituição do regime do FGTS<sup>216</sup> por meio da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966. Com as novas normas, a estabilidade que era obtida pelo empregado, após dez anos de trabalho para a mesma empresa, foi substituída por um sistema de depósitos, realizado pela empresa em contas vinculadas em nome dos trabalhadores. Nessa época, o FGTS instaurou a flexibilidade de dispensa, pois a empresa passou a poder dispensar o empregado optante sem nenhuma justificativa, sob o fundamento do mero exercício do direito potestativo.

Esse passo inicial foi seguido depois pela disciplina do trabalho temporário, dada pela Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974<sup>217</sup>, gestando-se a exteriorização do trabalho, já antecipadas com as medidas de segurança para instituições bancárias, conforme o Decreto-Lei nº 1034, de 21 de outubro de 1969<sup>218</sup>, seguindo-se igual roteiro na Administração Pública com a reforma e descentralização administrativa preconizadas no Decreto-Lei nº 200, de 15 de fevereiro de 1967.

A partir dos anos de 1970, a transformação que era velada, ainda que profunda, pois a instituição de um regime dúplice entre estabilidade e FGTS já fragilizara as relações de

<sup>216</sup> Observe-se que o sistema do FGTS atingia direitos dos trabalhadores enquanto beneficiava a classe média; conforme disposto no art. 13 da Lei nº 5.107/66, regente do FGTS, as aplicações do Fundo eram feitas diretamente pelo BNH ou demais órgãos integrantes do Sistema Financeiro de Habitação ou pelos estabelecimentos bancários para esse fim credenciados como seus agentes financeiros. Para Uriarte, essa lei foi o antecedente remoto e pouco lembrado da desregulamentação, uma vez que produziu a abolição da estabilidade absoluta para os trabalhadores com mais de dez anos de antiguidade, mas também o foi para os outros ao retirar o desestímulo à dispensa que a indenização constituía. URIARTE, Oscar Ermida. *A flexibilidade*. São Paulo: LTr, 2002, p. 19.

<sup>217</sup> NEVES DELGADO, Gabriela. *Terceirização. Paradoxo do Direito do Trabalho Contemporâneo*. São Paulo: LTr., 2003, pp. 155-156, analisa o trabalho temporário a partir da justificativa da Lei 6019 e encontra nesse modalidade de trabalho uma antecipação da ideologia neoliberal, materializada na regulamentação de contrato de emprego precário, por prazo determinado.

<sup>218</sup> PROSCURCIN, Pedro. *Compêndio de direito do trabalho: introdução às relações de trabalho em transição à nova era tecnológica*. São Paulo: LTr. 2007, p. 155, nota 12. Os serviços de vigilância iniciaram atendendo precipuamente aos bancos. Naquela fase, o Estado percebeu que se tivesse de vigiar cada agência bancária não teria como cobrir a segurança pública. Como trabalhavam em bancos vigias em número cada vez maior, o TST se apressou em desqualificá-los como bancários, excluindo-os da jornada de seis horas. Súmula 257. O vigilante, contratado diretamente por bancos ou por intermédio de empresas especializadas, não é bancário. Atualmente, com o aumento da exclusão social e da conseqüente violência, até os bares contratam vigilantes. Consta que o setor de vigilância lidera o ranking de criação de empregos. A falta de emprego na sociedade brasileira é a fonte inesgotável da violência social.

emprego, estabeleceu-se com vigor a ideia da flexibilização, conduzindo a uma reestruturação das relações de trabalho, com desdobramento sob diferentes formas.

O estágio de estudantes teve previsão inicial em 1967, por meio de disciplina tímida na Portaria nº 1002, sendo depois regulado na Lei nº 6494, de 7 de dezembro de 1977. Com a Lei nº 11.788, de 25 de setembro de 2008, que lhe deu a regência atual, o estágio passou a abranger alunos de ensino regular em instituições de educação superior, profissional, de ensino médio, da educação especial e dos anos finais do ensino fundamental na modalidade profissional de educação de jovens e adultos, com expresso afastamento, no estágio obrigatório ou no estágio não-obrigatório da formação de vínculo empregatício.

A intensificação das mudanças ocorreu a partir dos anos 90, quando as empresas adotaram um conjunto de inovações administrativas para enfrentarem a concorrência e reforçarem seu desempenho econômico, sob pena de se perderem na avalanche dos novos negócios globais e arranjos econômicos sem fronteiras. Como registra Barroso<sup>219</sup>, pouco a pouco, criaram-se novas espécies de contratos, na tendência de desfigurar a regra de permanência dos contratos de trabalho, que levava à construção da estabilidade. Com a instituição do regime do FGTS, desde 1967 a estabilidade ficara fragilizada, sendo posto seu fim no cenário jurídico trabalhista em 1988. No novo padrão de transitoriedade, restaram estabilidades especiais, chamadas de estabilidades provisórias, designação eloquente, na contradição que exprime, para destacar a perplexidade que caracteriza as relações trabalhistas temporárias.

Surge, com a Lei nº 9.601, o novo contrato por prazo determinado, de forma livre, sem as amarras tradicionais previstas no art. 443 da CLT, das quais se desvencilha expressamente, remetendo às convenções e acordos coletivos de trabalho a instituição desse contrato, de forma ampla, quanto às suas condições e às atividades, pois, em qualquer ocasião e em qualquer empresa, poderia se dar sua adoção.

É também criado por meio da Medida Provisória 2.164-41, de 24 de agosto de 2001, o contrato a tempo parcial com duração não superior a 25 (vinte e cinco) horas semanais e salário proporcional<sup>220</sup>.

São modelos que fragmentam o trabalho e os trabalhadores, uma vez que eles podem ser contratados sob diferentes formas e distribuídos em diferentes momentos, segundo as necessidades da empresa. Essas mudanças na legislação trabalhista brasileira com a criação de

---

<sup>219</sup> BARROSO, Fábio Tullio. *Internacionalização das Relações de Trabalho*. Jornal Carta Forense, maio de 2011, A 18 in [www.cartaforense.com.br](http://www.cartaforense.com.br)

<sup>220</sup> A Medida Provisória nº 2.164-41 está em tramitação. In: [www4.planalto.gov.br](http://www4.planalto.gov.br). Acesso em 09-10-2011 às 18:44 hs.



modalidades do contrato que se diferenciam do contrato de trabalho ordinário possibilitam, ao empregador, adotar a modalidade de contrato de trabalho mais conveniente, enquanto a dificuldade do mercado de trabalho cria a debilidade dos inativos de longa duração e os impele à aceitação desses contratos<sup>221</sup>.

Uma das modalidades mais destacadas nas relações de produção, no Brasil, é a contratação mediante a terceirização dos serviços, na qual se tem um trabalho precário, e um trabalhador periférico, de pouca qualificação ou multifuncional<sup>222</sup>.

Barroso<sup>223</sup> comenta que, da realidade laboral brasileira e enorme informalidade no mercado de trabalho, decorre que as contratações por prazo determinado, ou essas novas modalidades, podem ser tidas como simples formalização da flexibilidade, já existentes como flexibilidade oculta na informalidade

### 5.3.3.2 A prestação de serviços intelectuais, a pejetização e o empreendedorismo

Uma das formas da flexibilização consistiu na externalização dos custos que se operou, muitas vezes, com o seu repasse aos próprios empregados, levados a constituir pequenas empresas para tanto. Tratava-se de dar uma nova forma à contratação dos trabalhadores para receber a força de trabalho, em alheamento ao Direito do Trabalho, mediante a criação por eles de empresas, imediatamente após a rescisão do contrato de trabalho. Ora, se havia um caráter expansivo do Direito do Trabalho que abrangia mais e mais situações, que diluía as dúvidas de zonas cinzentas atraindo-as para seu âmbito, a flexibilização enfrentou-as com o soerguimento de barreiras e o reforço de uma linha divisória. Nesse rumo, houve a enunciação legal de uma distinção entre o contrato de trabalho

<sup>221</sup> “Entretanto, quando se examina o uso dessa nova legislação pelo patronato, constata-se que os novos contratos por prazo determinado e de tempo parcial tiveram pouca aplicação, enquanto as cooperativas de trabalho, o trabalho estágio, o trabalho temporário e a denúncia da convenção 158 da OIT foram os mais utilizados. Na realidade, o grau de flexibilidade de que o patronato brasileiro dispõe – legal ou ilegalmente – explica, dentre outros elementos, por que não foi necessário o recurso a esses dois novos tipos de contrato. Pois, mesmo que precários, são formais, isto é, estão sob a regulação do Estado e determinam algumas poucas obrigações aos empregadores, em termos de encargos sociais e direitos trabalhistas. Além disso, o ‘contrato por tempo determinado’ na prática já existe para as grandes empresas, através da subcontratação ds empresas terceiras, o que deixa lhes livre de qualquer compromisso trabalhista regulado pela legislação.” DRUCK, Graça; THÉBAUD-MONY, Annie. *Terceirização: a erosão dos direitos dos trabalhadores na França e no Brasil*. IN. DRUCK, Graça; FRANCO, Tânia. (orgs). *A perda da razão social do trabalho. Terceirização e precarização*. São Paulo: Boitempo, 2007, p.41.

<sup>222</sup> “Padaria, sapataria, gráfica, é só dizer, eu tenho as qualificações – disse uma das mulheres com uma risada, quando olhávamos os tonéis de lixo.” SENNET, Richard. *A corrosão do caráter. Consequências pessoais do trabalho no novo capitalismo*. Tradução de Marcos Santarrita. Rio de Janeiro: Record. 1999, p.82.

<sup>223</sup> BARROSO, Fabio Tulio. *Direito Flexível do Trabalho. Abordagens críticas*. Recife: Universitária da UFPE, 2009, p.58.

e o trabalho cooperativo<sup>224</sup>, na qual a amplitude da expressão para abranger qualquer ramo de atividade cooperativa traz subjacente o papel das cooperativas de serviços.

Em prosseguimento, deu-se a previsão da prestação de serviços intelectuais, seja de natureza científica, artística ou cultural, sob a forma da chamada “pejotização”<sup>225</sup>. Nesse primeiro aspecto, já se destaca uma fragmentação na categoria de trabalho, porquanto propõe, ou permite, retirar dela uma parcela de trabalhadores, minimizando sua proteção social. São os serviços relativos às antigas profissões liberais, como se dá na área hospitalar, com médicos, farmacêuticos e bioquímicos, e às novas atividades como a informática, o entretenimento e a comunicação e ocorre a reinvenção da posição no sistema social, em que todos passam a compor a ampla categoria de empresários, que realizam o trabalho por conta própria<sup>226</sup>.

Na tendência de *outsourcing*<sup>227</sup>, os trabalhos intelectuais de consultoria, estudos, pesquisa, serviços de informática, assistência jurídica e contábil, com a substituição de equipes internas e obtenção, pelo contratante dos serviços, de conhecimentos especializados foram objeto de uma consistente adoção<sup>228</sup>. Sem dúvida, tem-se na espécie uma forma de trabalho por conta própria e a transformação de trabalhadores intelectuais em empresários, ainda que titulares de empresas unipessoais. Isso acontece nos mais variados segmentos, porque, na descentralização produtiva, são promovidas as atividades externalizáveis por meio da terceirização realizada com empresas ou trabalhadores autônomos. Nas novas formas de organização do trabalho, aponta-se o empreendedorismo, cujos empreendedores contratados assumem os riscos decorrentes do negócio, quanto aos produtos e aos trabalhadores

<sup>224</sup> CLT. Art. 442. Parágrafo único. Qualquer que seja o ramo de atividade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela. (Lei 8.949 de 9 de dezembro de 1994).

<sup>225</sup> A “pejotização” é uma expressão elaborada com as iniciais de Pessoa Jurídica, para significar a nova forma de contratação decorrente da previsão legal para o exercício de atividade individual com pretenso afastamento do vínculo trabalhista.

<sup>226</sup> SORJ, Bernardo. *A nova sociedade brasileira*, 3. ed., Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006, pp. 78-79.

<sup>227</sup> *Outsourcing* é uma expressão da língua inglesa que foi utilizada nos Estados Unidos, a partir dos anos 90, para identificar novas formas de organização da atividade produtiva em que há aplicação massiva das novas tecnologias. Ele pode ser traduzido por mandar fazer fora e se vale dos vocábulos *outside*, *resource* e *using*, reunindo-os. Conforme COSTA, Ana Isabel Lambelho. *Descentralização produtiva, redes de cooperação empresarial e negociação coletiva. Reflexões a partir da experiência portuguesa*. Tesis doctoral. Universidad de Salamanca. Acesso em [http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/83241/1/DDTTS\\_CostaAI\\_Descentra%C3%A7ao.pdf](http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/83241/1/DDTTS_CostaAI_Descentra%C3%A7ao.pdf), em 18 de agosto de 2011 às 20:31 h.

<sup>228</sup> BOLTANSKI, Luc e CHIAPELLO, Ève. Tradução de Ivone C. Benedetti. *O novo espírito do capitalismo*, São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 244.

terceirizados<sup>229</sup>. Trata-se de uma expressão do novo espírito do capitalismo, em que as garantias sociais são substituídas pela autonomia e pela liberdade<sup>230</sup>.

A feição específica de exteriorização dos serviços intelectuais, mediante a previsão legal de pessoa jurídica prestadora de serviços intelectuais, tem origem formal na Lei 11.196, de 21 de novembro de 2005; sua ementa se refere à instituição do Regime Especial de Tributação para a Plataforma de Exploração de Serviços de Tecnologia da Informação (REPES) e do Regime Especial de Aquisição de Bens de Capital para Empresas Exportadoras (RECAP) e do Programa de Inclusão Digital e alterações de normas legais, relativas a tributos e procedimentos fiscais, temática de suas disposições.

No artigo 129 dessa Lei está disposto que a prestação de serviços intelectuais realizada por sociedade prestadora de serviços se sujeita tão somente à legislação aplicável às pessoas jurídicas, sem prejuízo da observância do disposto no artigo 50 do Código Civil. Nesse particular, Manrich<sup>231</sup> considera que a delimitação da contratação de serviços intelectuais, dada pelo art. 129 da Lei nº 11.196, tem efeitos apenas fiscais e previdenciários e não ingressa na caracterização do contrato de trabalho. Ora, a inserção desse dispositivo em uma lei de conteúdo eminentemente fiscal denota a pretensão de que a sociedade prestadora de serviços intelectuais seja vista como uma forma especial de trabalho, submetida apenas às leis civis, com seu desatrelamento do Direito do Trabalho. Todavia, não deve preponderar esse aspecto, nem o entendimento de que, em razão das transformações das relações de trabalho e da reestruturação produtiva, a contratação de profissionais para prestar serviços intelectuais por meio de pessoa jurídica destina-se à eficácia econômica do contrato, pois os traços de coordenação, autonomia e singularidade do conteúdo do serviço não estão absorvidos pelo Direito do Trabalho, porquanto não se pode atrelar os direitos de proteção, direitos sociais, meramente aos custos do mercado. A existência de novas formas de atividade não serve, por si só, para excluir a incidência de normas trabalhistas, que se impõem quando seus pressupostos de aplicação estão presentes.

A previsão sobre a constituição de empresas prestadoras de serviços intelectuais, com regência das normas civis, tem subjacente o procedimento, do qual constitui o núcleo, de exigência de constituição, pelo trabalhador, de uma pessoa jurídica, para que ele seja admitido

---

<sup>229</sup> PROSCURCIN, Pedro. *Do contrato de trabalho ao contrato de atividade. Nova forma de regulação das atividades do mercado de trabalho*. São Paulo: LTr., 2003, p. 71.

<sup>230</sup> BOLTANSKI, Luc e CHIAPELLO, Ève. Id. p.235.

<sup>231</sup> MANRICH, Nelson. *Apontamentos sobre o contrato individual de trabalho*. IN: BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; PEREIRA, José Luciano de Castilho; FAVA, Marcos Neves. (orgs.) *O direito material e processual do trabalho dos novos e tempos. Estudos em homenagem ao Professor Estevão Mallet*. São Paulo: LTr., 2009, p.476.

ou permaneça a serviço de uma empresa.

Logo tem de ser destacado que a disposição constitucional do art. 7º, XXXII<sup>232</sup>, CR/88, repele a distinção entre trabalho intelectual e as outras formas, o que não pode ser suplantado em atenção apenas à eficácia econômica do contrato e para o objetivo escosso de afastar a proteção a social.

A abrangência da natureza dos serviços intelectuais, com expressa inclusão dos de natureza científica, artística ou cultural, a indistinção do modo de sua realização, isto é, em caráter personalíssimo ou não, e ainda a designação, ou não, de obrigações a sócios ou empregados, mostram o desenho de uma pessoa jurídica específica, por seu objeto, composição e responsabilidade societária. Mas, se os serviços intelectuais, que constituem seu objeto, podem ser prestados em caráter personalíssimo, exsurge um confronto com a personalidade, que é um elemento característico e traço destacado da relação de emprego. A descrição dos serviços, como feita na lei e utilizada para a pejetização, pretende levar à desfiguração da condição de empregado, como definida no art. 3º da CLT, estabelecendo um confronto de conceitos jurídicos de modo a privilegiar um modelo flexível.

Pode-se, ainda, examinar essa pessoa jurídica especial, mediante sua expressa determinação de observância do artigo 50 do Código Civil, isto é, no que suscita a hipótese de desconsideração da personalidade jurídica, quando ocorrente abuso de sua utilização, caracterizado pelo desvio de finalidade. A construção da teoria da desconsideração da personalidade jurídica se fez voltada para as relações comerciais. Seu elemento central é o abuso da personalidade jurídica, no que esse abuso resulta em inflição de prejuízos a terceiros. Na “pejetização”, todavia, tem-se uma situação diversa e anômala: o abuso da instituição da pessoa jurídica surge como mecanismo para a negação de direitos sociais, do direito à proteção trabalhista.

A tendência de abuso da instituição da pessoa jurídica se aprofunda no sentido de desconstrução de direitos fundamentais sociais, de modo a separá-los da pessoa e os mercantilizar, como a nova empresa individual de responsabilidade limitada<sup>233</sup> a qual, por expressa previsão, pode ser constituída para a prestação de serviços de qualquer natureza, e a quem pode ser atribuída a remuneração decorrente da cessão de direitos patrimoniais de autor ou de imagem, nome, marca ou voz de que seja detentor o titular da pessoa jurídica e que sejam vinculados à atividade profissional.

---

<sup>232</sup> Art. 7º - XXXII – proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos.

<sup>233</sup> Lei nº 12.441, de 11 de julho de 2011. Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil) para permitir a constituição de empresa individual de responsabilidade limitada.

À parte, a situação do pequeno empreendedor e as discutidas sociedades unipessoais, encontra-se o vínculo entre a nova espécie, a empresa individual de responsabilidade limitada e os mecanismos de externalização de serviços. A propósito, dá-se o ressurgimento do velho arrendamento de serviços, isto é, a prestação de serviços fundada no dogma da autonomia da vontade que foi superada pelo Direito do Trabalho, estabelecendo contraste com o Direito comum das relações entre particulares, para retomar a distinção entre direito comum e direito especial, em que o Direito Civil se torna um direito reformado, sem se desconhecer sua permanência, em muitos aspectos do Direito do Trabalho, como agudamente observada Monereo Perez<sup>234</sup>.

Ao melhor exame, a “pejotização” é apenas outra forma de terceirização, em que também se externalizam serviços. Ou, tem-se aí relações informais de trabalho, mediante vinculação entre atividades e empresas formalizadas, modalidade mais sofisticada do que aquela em que a pessoa é contratada informalmente para um posto de trabalho em uma empresa e setor formalizados. Agora, ambos, o prestador de serviços intelectuais e a empresa, são formais, têm a estrutura de pessoa jurídica; mas, está presente a mesma relação de terceirização de tarefas, com a modificação do trabalho em serviços, como se dá, *verbi gratia*, no setor de informática. Há um reforço de aparências, para submergir o contrato de trabalho e ressaltar um contrato civil em que não se exige, ou espera, proteção social, entre partes supostamente iguais, dentro da afirmação de autonomia da vontade<sup>235</sup>. Não se pode perder de vista que a terceirização é crescentemente complexificada para, assumindo novas formas, incluir em seu âmbito, maior número de atividades e de trabalhadores.

No conjunto das medidas de reestruturação das relações de produção, uma modalidade ganhou larga aplicação: a terceirização, com a via da contratação de empresas com seus trabalhadores, as prestadoras de serviços. Por sua presença multifacetada quanto aos serviços que prestam e às empresas tomadoras, bem como por sua expansão nas relações de produção, passa-se à sua análise nas relações trabalhistas.

---

<sup>234</sup> MONEREO PÉREZ, Jose Luiz. *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho flexible del Trabajo*. Valencia. Tirant lo blanch, 1996, p. 47.

<sup>235</sup> “No caso das empresas do ‘eu sozinho’ ou ‘PJs’, explicita-se o crescimento do assalariamento disfarçado, pois trata-se de um processo de contratação de trabalhadores que são pressionados a redefinir a sua personalidade jurídica, ou seja, registram uma empresa em seu nome, assumindo todos os encargos por isso, e se transformam assim numa empresa individual terceirizada. A motivação para tal modalidade é a mesma das cooperativas, pois abole-se a relação empregatícia, bem como todos os seus custos – econômicos, sociais e políticos – e, conseqüentemente, todos os direitos trabalhistas, passando o novo trabalhador-empresa a ser tratado de ‘igual para igual’.” DRUCK, Graça; FRANCO, Tânia. *Terceirização e Precarização: o binômio anti-social em indústrias*. IN. DRUCK, Graça; FRANCO, Tânia. (orgs). *A perda da razão social do trabalho. Terceirização e precarização*. São Paulo: Boitempo, 2007, p.105.

### 5.3.2.3 A terceirização

#### 5.3.2.3.1 Origem

Para Catharino<sup>236</sup>, a terceirização, entre as sequelas do neoliberalismo, é o fenômeno que dele recebeu menor influência, por ser muito antigo, na história do Direito do Trabalho, localizando-se em institutos tradicionais como a subempreitada e o trabalho a domicílio. Em recuo mais distante no tempo, Druck e Thebaud-Mony<sup>237</sup> defendem a ideia de que a terceirização é um fenômeno velho correspondente a uma prática utilizada desde a Revolução Industrial, que no Brasil se encontrava no trabalho rural sazonal, por meio de “gatos”<sup>238</sup> mas se tornou um fenômeno novo porque, no toyotismo, passou a ocupar um lugar central. Pinto Martins<sup>239</sup> informa que, no Brasil, a terceirização foi introduzida por multinacionais, por volta de 1950, sendo a indústria automobilística o primeiro exemplo.

A terceirização é um dos procedimentos mais evidentes da transformação havida nas relações de produção com a introdução do conceito da empresa em rede; ela insere também a modificação do Direito do Trabalho, por meio da flexibilização que, por sua vez, surgira para a reestruturação das relações de trabalho. Enquanto no contrato de trabalho temporário, expressão inicial de terceirização, tem-se um contrato previsto em lei trabalhista, nos novos casos é adotado um contrato de direito civil, a prestação de serviços. Por meio desse procedimento, a empresa transfere parte dos serviços, como setores ou seções, a outras empresas, suas parceiras, ou leva para suas dependências para, ali, prestarem certos serviços, trabalhadores vinculados a outras empresas.

No âmbito privado, a terceirização formal se iniciou com a previsão do trabalho temporário, servindo às empresas urbanas, para o atendimento de necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou do acréscimo extraordinário de serviços<sup>240</sup>. Nesse momento, inicial, a contratação entre empresas era marcada pela transitoriedade decorrente de situações especificadas. Ao longo do tempo, a terceirização se sofisticou para se realizar mediante subcontratações em vários níveis, e formas, falando-se atualmente na adoção da quarteirização, procedimento que consiste na contratação de uma empresa para gerenciar as demais, ou na contratação por empresa terceirizada de uma outra

<sup>236</sup> CATHARINO, José Martins. *Neoliberalismo e sequela*. São Paulo: LTr., 1997, pp. 70-72.

<sup>237</sup> DRUCK, Graça; THÉBAUD-MONY, Annie. *Terceirização: a erosão dos direitos dos trabalhadores na França e no Brasil*. IN. DRUCK, Graça; FRANCO, Tânia. (orgs). *A perda da razão social do trabalho. Terceirização e precarização*. São Paulo: Boitempo, 2007, pp. 27-28.

<sup>238</sup> São conhecidos como ‘gatos’ os arrematadores de trabalhadores rurais, irregularmente.

<sup>239</sup> PINTO MARTINS, Sérgio. *A Terceirização e o Direito do Trabalho*. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.2.

<sup>240</sup> Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974.

empresa, para a execução do serviço<sup>241</sup>. Enfim, as grandes empresas contratam outras menores, médias ou pequenas, que, por sua vez, subcontratam outras de igual nível ou menor, desdobrando-se, assim, os contratos, entre diversas empresas. Nesse procedimento, ocorre maior pulverização dos processos de produção e maior dispersão dos trabalhadores.

#### 5.3.2.3.2 Objetivos e formas de terceirização

A terceirização serve a objetivos diversos, como a redução de custos e obtenção de mais-valia com aumento das vantagens econômicas para as empresas e a obtenção de melhores técnicas mediante o conjunto de competitividade e produtividade, em que todos obtêm vantagens do processo produtivo. Como advertiu Rifkin<sup>242</sup>, a terceirização se dá em praticamente cada indústria e cada setor, embora esteja mais visível em funções administrativas, e com maior frequência, naquelas tipicamente femininas. Esse procedimento, todavia, implica consequências mais amplas e profundas do que a propalada vantagem econômica e administrativa apontada pelas empresas. Por meio dele, há a formação de um novo exército de reserva<sup>243</sup> que as empresas convocam ou desconvocam segundo a necessidade da produção ou mesmo do serviço. Como o procedimento não ficou restrito à indústria e se estendeu às mais diferentes atividades, a mudança e alteração de trabalhadores se intensifica, aumentando esse exército de reserva.

Como estrutura prática funcional, a flexibilidade laboral pode adotar o modelo da flexibilidade interna ou da flexibilidade externa. Na flexibilidade externa, inserem-se os procedimentos que afetam diretamente a configuração da relação de emprego, mediante a adoção de contratos comerciais e civis e de subcontratos, dentre outros. Como explica Barroso<sup>244</sup>, a flexibilização, nesses contratos leva à descaracterização do modelo-padrão de relação de trabalho e instaura relações indiretas de trabalho, mediante as subcontratações e a intermediação de empresas. Na flexibilidade interna, são contados trabalhadores terceirizados que, sendo empregados de outras empresas, as empresas de prestação de serviços ou as empresas de trabalho temporário, passam a trabalhar dentro da empresa contratante, na terceirizada.

---

<sup>241</sup> PROSCURCIN, Pedro. *Compêndio de direito do trabalho: introdução às relações de trabalho em transição à nova era tecnológica*. São Paulo: LTr., 2007, p. 161. Esse autor utiliza o vocábulo ‘quarteirização’, quando se refere ao contrato de aprendizagem por entidade interposta: “Essa modalidade gerencial, com um intermediário gestor e administrador de terceirizações, muita conhecida nas organizações, leva a denominação quarteirização.”

<sup>242</sup> RIFKIN, Jeremy. *O fim dos empregos*. Tradução de Ruth Gabriela Bahr. São Paulo: Makron Books, 1995, pp.212-213.

<sup>243</sup> PROSCURCIN, Pedro. *Compêndio de direito do trabalho: introdução às relações de trabalho em transição à nova era tecnológica*. São Paulo: LTr., 2007, p. 83; RIFKIN, Jeremy. *O fim dos empregos*. Tradução Ruth Gabriela Bahr. São Paulo: Makron Books, 1995, p.211.

<sup>244</sup> BARROSO, Fabio Tulio. *Novo contrato de trabalho por prazo determinado*. 1. ed. 2ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2005.

A partir desse quadro, deve se encontrar o sentido a ser dado a um ajuste que tem dois conteúdos contratuais: um conteúdo civil e um conteúdo trabalhista. Indaga-se então: pode a matéria trabalhista ser subordinada àquele?

Há uma relação triangular, em que figuram a empresa e a prestadora de serviços, ligadas por um contrato civil, ou administrativo, e o trabalhador vinculado por um contrato trabalhista à prestadora de serviços. Mesmo com a distinção da natureza dos contratos, pode-se ver que o trabalhador é o elo entre eles, pois é para o serviço que ele executa que se volta a finalidade do ajuste empresarial. Esse ajuste pode adotar a fórmula direta, em que o trabalhador constitui uma empresa, entre as quais as empresas de prestação de serviços intelectuais, para prestar serviços que já executava no âmbito da contratante, ou para estabelecer um contrato civil com uma empresa; ou a fórmula indireta, em que há contratação de uma empresa terceirizante, à qual se vinculam formalmente os trabalhadores.

Enfrentando o Direito do Trabalho clássico, a terceirização, que se insere no Direito Flexível do Trabalho, encobre a descaracterização dos conceitos de empregado e empregador. Conforme o art. 2º da CLT, o empregador assume os riscos da atividade econômica e, para sua realização, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços. Na terceirização, esse conceito se modifica, pois a empresa tomadora de serviços realiza a atividade econômica e tem a prestação pessoal de serviços do terceirizado, deixando à empresa prestadora a admissão e assalariamento, e, por fim, compartilham os riscos da atividade econômica, pois o insucesso da tomadora se reflete fundamente na atividade da prestadora. Da parte do empregado, cujo conceito dado no art. 3º da CLT corresponde à pessoa física que presta serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário, a modificação se instala quanto à destinação da prestação de serviços que é feita em proveito e, predominantemente, nas dependências da tomadora. Surpreende-se, dessa forma, uma revisão de conceitos básicos dos sujeitos do Direito do Trabalho.

#### **5.3.2.3.3 Tentativas de regulamentação legislativa da terceirização**

A terceirização, como fenômeno integrante do movimento de flexibilização das relações de trabalho não tem, ainda, no Brasil, regulamentação jurídica plena<sup>245</sup>. Apenas os aspectos da flexibilização laboral ligados à sua prática, como os setores ou atividades em que pode ser adotada, e alguns aspectos dos contratos de trabalho e dos direitos de empregados terceirizados, como na Lei nº 6109 e na Lei 7102 já foram regulamentados. Sobre a

---

<sup>245</sup>Pela Mensagem nº 472/86, de 21-8-86, foi encaminhado à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 8.174/86, mas depois foi retirado de pauta para melhor estudo. PINTO MARTINS, Sérgio. *A Terceirização e o Direito do Trabalho*. 11. ed., São Paulo: Atlas. 2011, p.165.



terceirização, em sua feição ampla que se faz presente na rotina da indústria, comércio e até de serviços, como bancos e acontece agora em serviços de hotelaria, pende o debate. A desregulamentação serve à finalidade de disseminar a terceirização trabalhista e a omissão do poder político se torna uma senha para a introdução desse procedimento nas mais diferentes atividades e empresas<sup>246</sup>. Ao longo do tempo, e sob o silêncio legislativo, a terceirização se intensificou, estimulando a curiosa noção de ser apenas um modo atual do trabalho e ocultando a diluição dos direitos dos trabalhadores.

As tentativas de seu tratamento legislativo são lentas e seguidas de retiradas dos projetos de lei apresentados.

Em 1996, Abdala apontou para a conveniência de lei reguladora, que regulamentasse a relação, como atividade exercida por uma empresa prestadora de serviço autorizada pelo Ministério do Trabalho, mediante licença especial, com disciplina do conteúdo dos contratos e descrição dos trabalhos a serem executados pelos trabalhadores e a atribuição de dirigir esses trabalhos, bem como a garantia dos mesmos salários quando idênticas as funções entre os empregados do tomador e os terceirizados<sup>247</sup>. Nada foi alcançado, todavia.

Estão em curso vários projetos de lei sobre terceirização; examina-se dois deles que foram objeto do debate público ocorrido no TST em outubro de 2011.

O PL 4330/04, apresentado pelo Deputado Sandro Mabel, dispõe sobre o contrato de prestação de serviço a terceiros e as relações de trabalho dele decorrentes. Nele, é previsto que a prestadora de serviços contrate e remunere o trabalho realizado por seus empregados ou subcontrate outra empresa para realização desses serviços, sem configurar vínculo empregatício entre a empresa contratante e os trabalhadores ou sócios das empresas prestadoras de serviços, qualquer que seja o ramo.

Esse PL cuida de requisitos para o funcionamento da empresa prestadora de serviços, entre os quais capital social compatível com o número de empregados. É definida como contratante a pessoa física ou jurídica que celebra com empresa prestadora de serviços contrato de prestação de serviços determinados e específicos que podem versar sobre o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares à atividade econômica da contratante e estabelece as cláusulas do contrato entre as empresas.

Ele possibilita a contratação do trabalhador, sucessivamente, por diferentes empresas prestadoras de serviços a terceiros que prestem serviços à mesma contratante de forma consecutiva, prevendo que os serviços podem ser executados no estabelecimento da

---

<sup>246</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, Trabalho e Emprego*. São Paulo: LTr. 2006, p. 139.

<sup>247</sup> ABDALA, Vantuil. *Terceirização: atividade-fim e atividade-meio – responsabilidade subsidiária do tomador de serviço*. Revista LTr., São Paulo, n. 60-05, mai. 1996, p. 590.

contratante ou em outro local. Estabelece, ainda, a responsabilidade da contratante pelas condições de segurança e saúde dos trabalhadores, o fornecimento de treinamento adequado, ou sua exigência à prestadora, se se tratar de serviços que exijam treinamento específico.

Nele, se prevê a responsabilidade subsidiária pelas obrigações trabalhistas, e a solidariedade quando houver a subcontratação, possibilitando a extensão, pela contratante, ao trabalhador da prestadora de serviços, dos benefícios oferecidos aos seus empregados. Dispõe, também, que o recolhimento da contribuição sindical deve ser feito ao sindicato da categoria profissional, correspondente à atividade exercida pelo trabalhador na empresa contratante.

Por fim, o PL 4330/04 estabelece que os contratos em vigência serão convertidos às suas disposições.

Esse projeto reforça o procedimento de terceirização, ao determinar que os contratos vigentes serão submetidos, mediante adequação, às suas disposições. De outra parte, verifica-se a amplitude dada à terceirização como mecanismo de fuga ao vínculo empregatício, de forma expressa ao afastar a sua formação com a contratante tomadora. A precarização do trabalho se aprofunda, mediante a possibilidade da contratação sucessiva do trabalhador por diferentes empresas prestadoras de serviços a terceiros que prestem serviços à mesma contratante de forma consecutiva, mecanismo que implica a coisificação do trabalhador, fazendo-o circular entre diferentes empregadoras, sempre a serviço da mesma tomadora e na execução das mesmas tarefas, simples ou especializadas. Ele reforça também a independência entre as empresas, assegurando apenas responsabilidade subsidiária pelas obrigações trabalhistas. Dificulta a formação da consciência de classe e associativismo dos trabalhadores em prestadoras de serviços, por impor o recolhimento da contribuição sindical ao sindicato da categoria profissional correspondente à atividade exercida pelo trabalhador na empresa contratante; ora, a configuração sindical na legislação existente é dada pela atividade preponderante da empresa, enquanto a atividade do trabalhador somente é considerada quanto aos trabalhadores de categoria profissional diferenciada e descrita em lei.

Outro projeto é o PL 1621, de 2007, do Deputado Vicentinho, que dispõe sobre as relações de trabalho em atos de terceirização e na prestação de serviços a terceiros no setor privado e nas sociedades de economia mista. Nele, é definida a terceirização como a transferência da execução de serviços de uma pessoa jurídica de direito privado ou sociedade de economia mista para outra pessoa jurídica de direito privado, estabelecendo como tomadora a pessoa jurídica que contrata serviços de outra pessoa jurídica prestadora e como prestadora, a pessoa jurídica de direito privado que exerce atividade especializada e que,

assumindo o risco da atividade econômica, contrata, assalaria e comanda a prestação de serviços para uma tomadora.

É proibida a terceirização da atividade-fim da empresa, como tal considerada a que consiste no conjunto de operações que têm estreita relação com a finalidade central da empresa, sua estrutura e organização produtiva e é estabelecido que, para a atividade fim, deverão ser contratados trabalhadores com vínculo de emprego direto. Também é proibida a contratação de empresas que não tenham atividade especializada, as meras fornecedoras de mão de obra, salvo em se tratando de trabalho temporário, serviços de vigilância e asseio e conservação.

Estabelece esse PL o dever de informação, da empresa terceirizante, ao sindicato de sua categoria profissional, com especificação de dados sobre a terceirização relativos aos motivos, serviços, trabalhadores, redução de custos e empresas que atuarão como prestadoras. Ele impõe a especificação dos serviços a serem executados e prazo determinado de duração no contrato de prestação de serviços entre a tomadora e a prestadora e a apresentação, pela prestadora, de documentos relativos às obrigações trabalhistas e previdenciárias, incluído acordo ou convenção coletivos celebrados. Prevê esse projeto a comprovação do capital social integralizado da prestadora, suficiente para garantir a satisfação dos direitos e créditos trabalhistas, inclusive na rescisão.

Dispõe, ainda, sobre a execução dos serviços, vedando a subordinação e a pessoalidade à tomadora, e assegura igualdade de salário, jornada, benefícios, ritmo de trabalho e condições de saúde e de segurança entre os empregados da tomadora e os empregados da prestadora que atuem nas instalações físicas da tomadora ou local por ela determinado, vedando que o terceirizado tenha, na tomadora, atividade diversa daquela para a qual foi contratado pela prestadora; assim como impõe a garantia, pela tomadora, dos gastos dos trabalhadores com deslocamento e acomodações. Prevê, também, a responsabilidade solidária da tomadora, estabelecendo a formação do vínculo empregatício entre a tomadora e os empregados da prestadora, quando ocorrentes os elementos previstos no art. 3º da CLT.

Estabelece o PL 1621/07 a formação de Comissão composta por representantes das empresas prestadoras, tomadoras e sindicatos dos trabalhadores para acompanhamento do contrato de prestação de serviços. Determina a adequação dos contratos de prestação de serviços às exigências nela estabelecidas.

Percebe-se, nesse projeto, a tendência à civilização da terceirização, mediante a previsão de direitos iguais entre empregados da tomadora e terceirizados, bem como a restrição à sua adoção ao permiti-la com alcance restrito às atividades-fim. Há valorização do

vínculo empregatício, por afirmar sua caracterização quando presentes os requisitos do art. 3º, da CLT, e houver o desvirtuamento do contrato, haja vista a expressa proibição da pessoalidade e subordinação entre empregado terceirizado e tomadora. Reforça-se, nele, a responsabilidade pelas obrigações trabalhistas, mediante a responsabilidade solidária entre prestadora e tomadora.

Os dois projetos têm em comum a aceitação da terceirização, o que denota que o procedimento passou a constituir senso comum nas relações de trabalho, em maior ou menor extensão. Sua utilização, no Brasil, é crescente, confrontada todavia pela desistência do procedimento por parte de algumas empresas que o adotaram e pelo surgimento de novo movimento, o chamado *outsourcing reverse*, ou desterceirização. Rodrigues Pinto<sup>248</sup> argumenta que a terceirização é cercada pelo temor dos empregados, das associações sindicais, dos doutrinadores, do Ministério Público do Trabalho, do Judiciário Trabalhista e das empresas, mas pode ser conjurado pela declaração da fraude e nulidade do contrato, com base no art. 9º da CLT, pelo suprimento da incapacidade financeira da terceirizada e pela imposição aos fraudadores (empresas prestadora e tomadora dos serviços) de compensação punitiva, destacando a necessidade de legislação quanto aos traços distintivos da terceirização lícita e ilícita, fazendo sua objetivação normativa. Além da divergência quanto ao efetivo proveito da sua prática, constata-se que os partidários dessa forma organizacional reconhecem a necessidade de sua regulação, o que está espelhado nos dois projetos de lei analisados, cuja diferença de perspectiva não significa uma rejeição à terceirização, mas uma regulação encaminhada segundo seus díspares interesses.

Tema inçado de dificuldades, a seu respeito, a Organização Internacional do Trabalho promoveu uma discussão inicial em 1997, e posteriormente, comunicou aos Estados Membros o relatório com um projeto de convenção e um projeto de recomendação, mas as diferentes preocupações e os diferentes tipos de situações que estão contidas sob a definição de terceirização, dada pelos Estados-Membros tornam opaca, a questão<sup>249</sup>. É importante considerar que, no preâmbulo do projeto de convenção era assinalado que o crescente uso da terceirização torna conveniente a adoção de novas normas sobre essa matéria para fazer quer os trabalhadores terceirizados gozem de uma proteção adequada.

Sob os mais variados quadrantes, afirma-se a necessidade de uma regulação da terceirização.

---

<sup>248</sup> RODRIGUES PINTO, José Augusto. *Por que ter medo da terceirização brasileira?* Revista LTr., São Paulo, n. 75-11, nov.2011. pp. 1307-1311.

<sup>249</sup> OIT. Le travail en sous-traitance. In. [www.ilo-mirror.library.cornell.edu](http://www.ilo-mirror.library.cornell.edu). Acesso em 04-04-2011 às 21:37hs.

#### **5.3.2.3.4 A terceirização no serviço público**

As normas legais brasileiras vigentes se referem à existência e permissibilidade da terceirização.

Essas normas apareceram, primeiro, para o âmbito do serviço público, por meio do Decreto-lei 200, de 25 de fevereiro de 1967<sup>250</sup>, seguido pela Lei 5.645, de 10 de dezembro de 1970<sup>251</sup>. No momento inicial, foram definidos o objetivo de controlar as atividades administrativas, de modo a impedir seu crescimento excessivo, e o perfil das empresas privadas contratadas com o preenchimento de requisitos de capacidade e desenvolvimento, isto é, qualidade e produtividade; essas exigências e o rol de atividades desapareceram com a revogação do art. 3º, parágrafo único da Lei 5.645/70, em 1997, por meio da Lei 9.527.

Constata-se que a introdução dessa forma organizacional decorreu da iniciativa do Estado e ocorreu em seu âmbito, renunciando os momentos posteriores de redução do Estado e privatização, outras fórmulas que compõem a ideologia neoliberal.

#### **5.3.2.3.5 A terceirização na atividade privada**

No âmbito privado, a previsão da contratação de trabalhadores temporários, pelas empresas urbanas, para o atendimento de necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou ao acréscimo extraordinário de serviços<sup>252</sup>, assinalou a terceirização, destinada a situações transitórias. Com a Lei nº 7.102, de 1983, foi prevista a contratação de empresas especializadas em segurança, vigilância ostensiva e transporte de valores, pelos estabelecimentos financeiros, isto é, bancos oficiais ou privados, caixas econômicas, sociedades de crédito, associações de poupanças, suas agências e subagências, prosseguindo e aprofundando o que já estava disposto no Decreto-Lei nº 1.034, de 21 de outubro de 1969<sup>253</sup>. Em 1994, por meio da Lei nº 8.863, foi incluída disposição no sentido de que a prestação de serviços de segurança, vigilância e transporte de valores pudesse também ocorrer para atender à segurança privada de pessoas, e aos estabelecimentos comerciais, industriais, de prestação de serviços e residências e entidades sem fins lucrativos, órgãos e

---

<sup>250</sup> Art. 10 (...) § 7º. Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

<sup>251</sup> Art. 3º (...). Parágrafo único. As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato, de acordo com o artigo 10, § 7º, do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967.

<sup>252</sup> Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974.

<sup>253</sup> Art. 4º. Os estabelecimentos de crédito manterão a seu serviço, admitidos diretamente ou contratados por intermédio de empresas especializadas, os elementos necessários à sua vigilância, podendo organizar serviço especial para esse fim, mediante aprovação do Ministro da Justiça, ou, quando se tratar de serviço local, do Secretário de Segurança ou Chefe de Polícia.

empresas públicas. Em 2008, por meio da Lei nº 11.718, passaram a constar do rol os postos de atendimento e as cooperativas singulares de crédito.

Para a atividade bancária<sup>254</sup> houve ainda a introdução de outra fórmula com a definição e autorização, pelo Banco Central, do correspondente bancário, sendo, pela Circular nº 220, de 15 de outubro de 1973, conferida a faculdade aos estabelecimentos bancários de atribuírem a pessoas jurídicas, sob contrato especial, o desempenho dessas funções. Seguiram-se as Resoluções nº 2.166, de 30 de junho de 1995 e nº 2.640, de 25 de agosto de 1999, ambas do Banco Central, ampliando a terceirização, com ampliação das áreas de atuação e dos titulares da faculdade, ao estender o procedimento dos bancos múltiplos com carteira de crédito, financiamento e investimento, corretoras, financeiras aos bancos comerciais e à Caixa Econômica. Maior amplitude foi dada, por fim, com a Resolução nº 3.110, de 31 de julho de 2003, de modo a possibilitar que dela se utilizem inúmeras empresas e em inúmeras áreas de expressão da atividade bancária; essa Resolução foi revogada por meio da Resolução 3.954, de 24 de fevereiro de 2011, que altera e consolida as normas que dispõem sobre a contratação de correspondentes no país.

A teoria neoliberal, no prisma de ordenamento da economia, trouxe consigo a redução do Estado, com a sistemática privatização de sociedades de economia mista, o que afeta a estrutura da sociedade e o papel do Estado, cuja ineficiência, como gestor da economia, passou a ser propalada. Sem dúvida, nisso houve a ideologia de redução de seu papel, pois formulou uma incapacidade de participar do mercado e subjacente a isso, a incapacidade de regulá-lo. No Brasil, no procedimento dessa privatização encontra-se o estabelecimento do regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos na Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; a previsão específica aos serviços de telecomunicações na Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997; em ambas, dispositivo legal do mesmo teor assegurou a possibilidade da contratação de terceiros para o desenvolvimento de atividades inerentes<sup>255</sup>. Seguidamente, mais hipóteses de terceirização são descritas, de que é mostra a Lei 11.909, de 4 de março de 2009, tratando das atividades relativas ao transporte de gás natural<sup>256</sup>; ampliou-se a

---

<sup>254</sup> COUTINHO, Grijalbo Fernandes. *Terceirização Bancária no Brasil. Direitos Humanos violados pelo Banco Central*. São Paulo: LTr., 2011, pp.144-153.

<sup>255</sup> Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Art. 25. § 1º Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados. Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. Art. 94. No cumprimento de seus deveres, a concessionária poderá, observadas as condições e limites estabelecidos pela Agência: (...)II – contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados.

<sup>256</sup> Lei nº 11.909, de 4 de março de 2009. Art.23. No cumprimento de seus deveres, a concessionária poderá, observadas as condições e limites estabelecidos em regulamento: I- empregar, na execução dos serviços,

terceirização e se deu a intensificação do debate em torno de atividade-fim e atividade-meio, distinção que foi feita nesse procedimento. Esse debate é encontrado em decisões do Tribunal Superior do Trabalho<sup>257</sup>.

Também como terceirização, foi regulamentado, pela Lei nº 11.442, de 2 de janeiro de 2007, o transporte rodoviário de cargas por conta de terceiros, com ênfase na natureza comercial da atividade, assim dito no artigo 2º e no artigo 5º, o qual prescreve que nessas relações contratuais não é ensejada a caracterização de vínculo de emprego. É definido o transportador autônomo de carga como pessoa física que exerce o transporte rodoviário como sua atividade profissional, enquanto a empresa de transporte rodoviário de cargas é definida como pessoa jurídica que exerce como atividade principal o transporte rodoviário. É distinguido entre o transportador autônomo agregado e o independente, sendo o primeiro “aquele que coloca veículo de sua propriedade ou de sua posse a ser dirigido por ele próprio ou por preposto seu, a serviço do contratante, com exclusividade, mediante remuneração certa.”

O conjunto de leis acima referido encerra as normas do ordenamento jurídico brasileiro sobre a contratação de empresas para prestação de serviços. Delas, verifica-se: uma disciplina distinta para o setor público e para o setor privado; o estabelecimento de requisitos para as empresas e para os trabalhadores, apenas ao se tratar de serviço de segurança, vigilância e transporte de valores; a enunciação de requisitos e de direitos para os trabalhadores temporários.

Apenas o trabalho temporário, que é uma das formas de terceirização do setor privado, recebeu uma disciplina de direitos trabalhistas. No mais, a legislação ampliou a previsão de utilização dos serviços terceirizados. À descrição das hipóteses iniciais, em que eles ficavam circunscritos a atividades especificadas na lei, foram acrescentadas outras hipóteses destinadas especificamente às empresas de energia elétrica e de telecomunicações e ao transporte de gás natural, nas quais surge a menção às atividades inerentes. A escolha dessa expressão ampla, indeterminada, e, até ambígua, acirra a discussão sobre o âmbito em que pode ocorrer a terceirização, isto é, a abrangência, ou não, da atividade-fim, notadamente em relação às empresas que exercem essas atividades, o que repercutirá na distinção feita na jurisprudência

---

equipamentos que não lhe pertençam; II- contratar com terceiros a execução de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados.”

<sup>257</sup> Apontando a ilicitude da terceirização em CALL-CENTER na atividade de telecomunicações, em vista do objeto social da pessoa jurídica, função social da empresa e o conceito de subordinação objetiva - RR-150100.04.2009.5.03.0111, 3ª Turma, Ministra Rosa Maria Weber, DEJT 24/06/2011; apontando a licitude da terceirização, em CALL-CENTER na atividade de telecomunicações, ao fundamento de ser alheia à oferta de telecomunicações e ao núcleo da dinâmica empresarial - RR-47-65.2010.5.03.0114, 8ª Turma, Ministra Dora Maria da Costa, DEJT 24/06/2011.

entre atividade-fim e atividade-meio e admissibilidade do procedimento apenas quanto à atividade-meio.

Surpreende-se, também, o cuidado do legislador de apagar o reconhecimento do contrato de emprego estabelecendo norma de sua expressa exclusão, como na Lei 8.949/94, relativa ao trabalho em cooperativas, e na Lei 11.442/2007 relativa ao transporte de cargas; o mesmo também se dando quanto ao estágio, regido pela Lei nº 11.788/1008. Percebe-se o movimento de ampliação das hipóteses, tornando-as mais e mais abertas, sem haver regulamentação quanto às relações trabalhistas e decorrentes direitos em tais casos, deixando-as sob a regência das normas anteriores e comuns, como se não houvesse agora um novo modo de execução do contrato de trabalho. Na Lei do transporte de gás, Lei 11.909, a possibilidade de contratação com terceiros do desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço se completa com a previsão expressa de que a concessionária é responsável perante os carregadores e que são regidas pelo direito comum as relações com os terceiros, o que diz respeito apenas ao contrato entre empresas.

A terceirização assemelha-se a um camaleão: prevista para o serviço público, como mecanismo de descentralização e com permissão legal para o procedimento, passou à atividade privada, como forma administrativa de atender necessidades transitórias e se transformou em procedimento permanente e amplo. Ela se constrói e se refaz a cada dia<sup>258</sup> e só tem como restrição, doutrinária e jurisprudencial, seu não cabimento na atividade-fim, e a não utilização como mero instrumento de redução de custos. Um discurso que não dá conta de uma realidade de aceleração de procedimentos terceirizantes, seja porque é difícil a distinção entre atividade-meio e atividade-fim, seja porque a terceirização teve sua implementação voltada não à melhoria dos serviços, mas aos ganhos do capital e o lucro, o que precariza a situação do trabalhador.

O patamar civilizatório que o Direito do Trabalho constitui nas relações de produção não valida a terceirização que retira os direitos sociais, arduamente construídos e reconhecidos. O procedimento, trazido na linha neoliberal e no Direito Flexível do Trabalho não é uma contingência inelutável. A rendição ao procedimento, que o perfilha como a forma atual das relações de produção, oblitera que o Direito do Trabalho incide sobre a realidade e

---

<sup>258</sup> Conforme Chaves, os bancos adotam, além da terceirização direta nas áreas de apoio, serviços de natureza não-gerencial e deslocalização da prestação de serviços, a terceirização indireta, em que o cliente, com a automação bancária, se utiliza dos serviços de auto-atendimento; além disso, estabelecem a mudança no eixo da terceirização como no trabalho de manutenção e abastecimento de numerário dos terminais de saque e atendimento múltiplo fora das agências. CHAVES, Luciano Athayde. *Trabalho, tecnologia e ação sindical*. São Paulo: Annablume, 2005, pp. 65-67 e 134-145.



não é contido pelo enunciado vedante do vínculo de emprego: é o modo de trabalho que define a natureza do contrato.

O modelo seguido até agora no Brasil estabelece distinção entre terceirização temporária, objeto da Lei nº 6.019, e terceirização permanente, que vai se dar nos serviços de vigilância, de conservação e limpeza e serviços especializados, vinculados à atividade-meio. Desse modelo, tem-se, outrossim, que, no tocante à terceirização temporária, há o desenho da relação trabalhista e das obrigações a ela concernentes, inclusive por parte da empresa tomadora de serviços, enquanto na terceirização ampla não há normas relativas aos direitos trabalhistas, os quais seguem a normatização geral dos contratos de trabalho.

Ao influxo da intensificação da terceirização, os procedimentos são adotados para favorecê-la. A instância administrativa concorre para ela, ao aplicar a previsão legal de prorrogação do contrato precário, de modo a ampliar suas possibilidades de adoção. O contrato de trabalho temporário, normatizado na Lei 6.019, de 3 de janeiro de 1974, em razão do disposto no art. 10 dessa lei, pode ser objeto de autorização para prorrogação do prazo de vigência que é estipulado em três meses. Dois atos administrativos do Ministro do Trabalho e Emprego disciplinaram, em momentos sucessivos, a prorrogação. Na Portaria n. 574, de 22 de novembro de 2007, a prorrogação do contrato de trabalho temporário estava subordinada a justificações, da necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente excedente ao prazo inicialmente previsto, ou da subsistência das circunstâncias que geraram o acréscimo extraordinário dos serviços. Em 2010, por meio da Portaria n. 550, de 12 de março, foi viabilizada a ampliação injustificada do prazo de vigência do mesmo contrato para até seis meses, com a admissão da hipótese simples de sua prorrogação, limitada a uma única vez, além da hipótese justificada em razão de circunstâncias atinentes à celebração por período superior a três meses. Entre um e outro ato, a exigência da justificação foi relegada e possibilitada a prorrogação de forma simplificada, transformando, de forma indireta, o prazo legal de três meses em período maior.

A terceirização se dá entre empresas, no regime de contrato e autonomia contratual, tendo sido chamada, por vezes, de contrato triangular<sup>259</sup>, mas destoa da figura geométrica de três lados iguais para seguir o modelo do triângulo escaleno ou do triângulo isósceles, nos quais há diferenças nas medidas entre um ou todos os lados. O que se encontra é a figura do terceiro, estranho ao contrato comercial: o trabalhador e seu vínculo com uma das empresas, a prestadora, e que foi estabelecido em contrato de trabalho. Ele não é parte no ajuste empresarial e, muitas vezes, o contrato de trabalho é tratado, pelos contratantes civis, como

---

<sup>259</sup> Essa designação deu nome à obra de José Luiz Ferreira Prunes: Contrato triangular de trabalho.

se fora um contrato acessório para a empresa terceirizada, pois a existência dele é vinculada à duração do contrato para terceirização. Sob essas múltiplas formas, percebe-se que a discussão sobre a natureza civil do contrato entre as empresas não exaure os contornos da discussão, nem da versão sobre a distinção entre atividade-fim e atividade-meio.

No intermitente debate sobre a necessidade, ou pertinência, de regulamentar a terceirização, verifica-se que, até o momento, as leis que foram adotadas versam sobre a hipótese de seu cabimento, sem haver disposições sobre os contratos de trabalho que ela envolve e os direitos trabalhistas e proteção social inerentes. Eventuais referências ao contrato de trabalho somente ocorrem, nas leis mais recentes, com vistas a excluir o reconhecimento do vínculo empregatício como se dá com relação às cooperativas. Mas, a prática da terceirização não pode servir para o aviltamento da condição do trabalhador e para sua exclusão social.

Se, na passagem para o século XXI, o Brasil adotou a terceirização que legou o corte generalizado do emprego nos anos 1990, a partir da década de 2000, o recuo da taxa de terceirização não refez a situação de emprego protegido, pois em ambos os momentos, manteve-se a solução perversa da precariedade do trabalho e aviltamento dos salários. O salário recebido pelo terceirizado equivale à metade daquele do trabalhador não terceirizado<sup>260</sup>, o que dá a medida da desigualdade que o modelo estabelece e que exige uma reflexão sob a premissa do Estado Democrático de Direito.

---

<sup>260</sup> POCHMANN, Márcio. *Terceirização: questões a responder*. Jornal Valor Econômico, 10 de novembro de 2011, página A15.

## **CAPÍTULO VI - A terceirização como cenário: discussão sobre sua ‘regulamentação’**

### **6.1 Antecedentes da súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho**

Os direitos sociais trabalhistas sofreram forte impacto com a globalização e modificação do processo produtivo, haja vista a alteração das estruturas sociais e econômicas que daí decorreram. A terceirização se apresenta como um fenômeno integrante do movimento de flexibilização das relações de trabalho, e não tem, ainda, no Brasil, regulamentação legal, por meio da qual sejam estabelecidos, ou assegurados os direitos dos trabalhadores, que são em número cada vez maior nela envolvidos.

A ausência de regulação tornou essa forma de contratação um tema aberto, pois não se pode resumir à existência das normas trabalhistas para disciplinar o contrato de trabalho, a normatização dessa relação, que trouxe alteração de um conceito central no contrato de trabalho, a subordinação. A questão passou a ser enfrentada na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho: primeiro, no Enunciado 256, que vedava, na prática, a terceirização, o que, depois, foi revisto com o Enunciado 331 em 1993.

Em 1986, ao editar o Enunciado 256<sup>261</sup>, o Tribunal Superior do Trabalho adotou entendimento sobre a terceirização, afirmando a consideração estrita das hipóteses reguladas em lei, e da ilegalidade de contratação em outras atividades. Esse verbete surgiu do Incidente de Uniformização de Jurisprudência no RR-3442/84, e os fundamentos adotados na decisão consistiram em que a ordem econômica e social tem o objetivo de realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, segundo a valorização do trabalho como condição de dignidade da pessoa humana e a expansão das oportunidades de emprego. Foram destacados que a contratação de mão de obra permanente vai de encontro aos direitos básicos que visam a evitar o enriquecimento sem causa à custa do hipossuficiente, e que a prestadora de serviços, como apenas repassa o salário ao empregado, sem se apropriar ou beneficiar do resultado do trabalho, ou mesmo assumir os riscos da atividade econômica para a qual concorre o serviço desenvolvido, não se coaduna com a ordem jurídico trabalhista<sup>262</sup>. O Enunciado 256 expressou uma diretriz restritiva, pois nela a contratação de prestação de serviços surgia como exceção. No entendimento de Pinto Martins<sup>263</sup>, as hipóteses arroladas nessa Súmula eram, todavia, meramente exemplificativas, por não haver norma legal proibindo o trabalho de

---

<sup>261</sup> Súmula 256. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE. Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis n°s 6.019, de 03.01.1974 e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

<sup>262</sup> BARROS, Alice Monteiro de. *A terceirização e a jurisprudência*. Revista de Direito do Trabalho n° 80. São Paulo: Revista dos Tribunais. Dezembro de 1992, pp. 3-15.

<sup>263</sup> PINTO MARTINS, Sérgio. *A Terceirização e o Direito do Trabalho*. 11 ed., São Paulo: Atlas, 2011, p.119.

empresas prestadoras de serviços e em razão do princípio da igualdade, pois, tendo sido consideradas regulares a prestação de serviços temporários e de vigilância, também o seria a prestação de serviços de limpeza.

A revisão do entendimento expresso no verbete ocorreu em 1993, com a adoção do Enunciado 331, no qual foi incorporado o verbete anterior, contudo, havendo a inflexão da orientação ali presente.

Segundo Palmeira<sup>264</sup>, esse verbete que é hoje a Súmula 331, TST concorreu para a disseminação da prática da terceirização, pois admitiu sua adoção nos serviços vinculados à atividade-meio da empresa. Ademais, estabeleceu-se a distinção entre “atividade-meio” e “atividade-fim”<sup>265</sup>, a qual é vulnerável, pela impossibilidade de distinguir entre os atos destinados a uma e outra, pois os atos simples, embora diferentes, são necessários à produção, e muitas atividades, como a manutenção de máquinas, constituem antecedentes lógicos do processo produtivo. Esse aspecto suscita dificuldades, que são enfatizadas em opiniões como a de Palmeira<sup>266</sup>, ao apontar a dificuldade da separação meio e fim dentro da fragmentação de atos do trabalhador inerentes ao momento da produção, e de Robortella<sup>267</sup> ao sustentar o cabimento da terceirização em qualquer ciclo do processo produtivo, argumentando que a mudança das técnicas de produção pode tornar acessória uma atividade que antes era principal e integrante da finalidade central da empresa. Essa distinção, tão questionada, encontra seu fundamento no toyotismo e na teoria do foco, por ele adotada, em razão da qual a empresa central ou principal concentra suas funções naquilo que é a expressão nuclear de sua atividade, horizontalizando entre outras empresas as outras atividades, tidas por periféricas ou auxiliares, as quais, por sua vez, são principais para essas empresas horizontalizadas.

Com a análise e a cristalização de entendimento da Corte Superior sobre o procedimento da terceirização, houve o reconhecimento de sua validade, sob determinado parâmetro, o que conferiu não apenas visibilidade jurídica à prática administrativa, como

---

<sup>264</sup> PALMEIRA SOBRINHO, Zéu. *Terceirização e reestruturação produtiva*. São Paulo: LTr., 2008.

<sup>265</sup> Por atividade-fim entende-se aquela que diz respeito ao coração da empresa, é seu objetivo final e destinação econômica; por atividade-meio, entende-se as atividades periféricas ou ancilares que servem ao desenvolvimento da atividade final. Todavia, não há clareza na aplicação prática dos conceitos, que não ensejam ou fornecem uma classificação segura das empresas, pois novas práticas de gestão e novas tecnologias podem redefinir o conteúdo da atividade, e com isso passar de atividade-fim a atividade-meio. O acondicionamento das frutas para uma empresa de fruticultura é atividade-fim ou atividade-meio? Um conceito estrito irá reconhecer como atividade-fim somente a produção; mas a comercialização exige, com a entrega das frutas, a adequada embalagem delas.

<sup>266</sup> Idem. p. 90.

<sup>267</sup> ROBOTELLA, Luiz Carlos Amorim. *O moderno Direito do Trabalho*. São Paulo:LTr., 1994, p.260.

aquietou as indagações sobre a regularidade de sua adoção e traçou uma linha demarcatória para os procedimentos legais e ilegais<sup>268</sup>.

## 6.2 O papel político da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho

### 6.2.1 O ativismo judicial

Importa, na abordagem do tema da judicialização da terceirização, tratar do conceito de ativismo judicial, distinguindo-o de juridicização da política. Esta corresponde à expansão do Poder Judiciário ou dos meios judiciais, especialmente quanto ao poder de revisão judiciária das ações do Legislativo e do Executivo<sup>269</sup>; o outro é o reconhecimento do papel de destaque do Poder Judiciário na implementação dos valores da Constituição<sup>270</sup>. Ambos têm como ponto de partida a reflexão sobre o Estado e a força da Constituição.

O neoconstitucionalismo, como um conjunto de transformações ocorridas no Estado com a afirmação da força normativa da Constituição e a concentração da ordem jurídica no Direito Constitucional, ingressou no Brasil com a Constituição da República de 1988. De início, formou-se a tese do constitucionalismo brasileiro de efetividade que foi seguida pela do pós-positivismo constitucional cujas teorias jurídicas estavam expostas nas obras-marco “Curso de Direito Constitucional” de Paulo Bonavides na 5ª. Edição e “A Ordem Econômica na Constituição de 1988”, de Eros Roberto Grau<sup>271</sup>. As novas ideias tiveram grande repercussão na jurisprudência brasileira, especialmente do Supremo Tribunal Federal, levando, entre outros exemplos, à alteração do entendimento da Corte sobre os direitos sociais e os efeitos do mandado de injunção e à formulação de sentenças normativas e aditivas<sup>272</sup>.

Um dos traços que caracterizam o neoconstitucionalismo é o foco no Poder Judiciário, o que tornou o juiz seu grande protagonista<sup>273</sup>. Isso ocorreu em países centrais e periféricos, introduzindo uma nova lógica democrática. No Brasil, a Constituição de 1998, alinhada a esse movimento em que a igualdade e a dignidade da pessoa humana se tornam centrais e são

<sup>268</sup> Uriarte entende que a Súmula 331 constituiu um ‘caso de desregulamentação judicial’. URIARTE, Oscar Ermida. *A flexibilidade*. São Paulo: LTr. 2002, p. 47.

<sup>269</sup> SORJ, Bernardo. *A nova sociedade brasileira*, 3. ed., Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 2006, pp.102-103.

<sup>270</sup> SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil. Riscos e possibilidades*. In: SARMENTO, Daniel. (coord.) *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris. 2009, p. 122.

<sup>271</sup> Idem. pp. 125-126.

<sup>272</sup> As sentenças aditivas são espécie das sentenças normativas que são decisões judiciais que determinam a criação de uma norma jurídica de eficácia erga omnes; nelas a decisão impõe novos elementos ao tipo original como ocorreu, na jurisprudência brasileira com a decisão do STJ, no REsp 249026/PR que permitiu o levantamento do FGTS por uma mãe para utilizá-lo em benefício de seu filho. CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, pp.252-253.

<sup>273</sup> SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil. Riscos e possibilidades*. In: SARMENTO, Daniel. (coord.) *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris. 2009, p. 122.

valores que pautam as esferas da vida social, fez surgir novos direitos e novos titulares deles; isso se refletiu também em judicialização da sociedade brasileira.

Anteriormente, a Justiça do Trabalho já tinha esse perfil, mas a nova filosofia constitucional impôs uma renovação, ao solidificar sua função de escoadouro das pretensões dos grupos afetados pelas reformas da legislação trabalhista e pelas relações de produção em anomia. A proteção dos direitos dos trabalhadores passa a ser demandada com base em princípios constitucionais<sup>274</sup>.

No entender de Barroso<sup>275</sup>, a ascensão institucional do Poder Judiciário é importante, pois os juízes e tribunais passam a desempenhar um papel político que acarreta a modificação substantiva da relação entre a sociedade e as instituições judiciárias.

Trata-se, para Cittadino,<sup>276</sup> de um tipo inédito de espaço público, pois a juridificação, tendo como base o compromisso com os valores democráticos e os princípios e objetivos da República, representa uma forma de os cidadãos, de o homem comum participar do processo político lançando-o mais além da produção legislativa para mirar sua efetivação e a transformação da sociedade. No ponto, acrescenta-se que Sarmento<sup>277</sup> adverte que a ênfase no espaço judicial pode resultar no apagamento de outras esferas, na definição do sentido da Constituição, inclusive a esfera pública informal e a mobilização social. A ideia de o Judiciário constituir um novo espaço público mostra-se adequada à sociedade brasileira, pelo desencanto de que ela padece ante o descumprimento das promessas democráticas e da concretização dos direitos, notadamente econômicos e sociais, estabelecidos na Constituição de 1988, e não regulamentados.

A contestação do viés judicialista<sup>278</sup> imputa à juridicização, um caráter antidemocrático, porque os juízes não são eleitos pelo povo, mas a abertura existente em normas constitucionais importantes confere ao juiz, na interpretação delas, uma participação no processo de sua criação. O tema gera um debate universal, diz Barroso<sup>279</sup>, que aponta a

---

<sup>274</sup> SORJ, Bernardo. *A nova sociedade brasileira*, 3. ed., Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006, pp. 117-118.

<sup>275</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional do Brasil)*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. (coord.) *A constitucionalização do Direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.243.

<sup>276</sup> CITTADINO, Gisele. *Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia*. In [http://revistaalceu.com.puc-rio.br/media/alceu\\_n9](http://revistaalceu.com.puc-rio.br/media/alceu_n9), Acesso em 29-11-2011 às 21:35 hs.

<sup>277</sup> Idem. p. 137.

<sup>278</sup> SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil. Riscos e possibilidades*. In: SARMENTO, Daniel. (coord.) *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009, p. 133.

<sup>279</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional do Brasil)*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. (coord.) *A constitucionalização do Direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 247-248.

pertinência da consideração da existência de outros princípios, além do princípio majoritário, pois a lógica democrática se inspira em valores e o Judiciário pode promovê-los e resguardá-los, assegurando, também, a estabilidade institucional.

Contrariamente ao ativismo judicial, é também invocado o princípio da separação dos poderes. Todavia, não se pode atribuir um caráter de absoluta distinção e de incomunicabilidade entre Executivo, Legislativo e Judiciário; entre eles, há interdependência que a fórmula da democracia brasileira enuncia, tratando-os como independentes e harmônicos. Argumenta Lage<sup>280</sup> que uma visão coordenada do poder envolve a garantia de representação e proteção das minorias, o que exige do poder jurisdicional uma intervenção para que nem o Executivo nem o Legislativo desrespeitem os direitos fundamentais. Daí o Judiciário corporificar o sistema dos *checks and balances* para a proteção das minorias diante das maiorias transitórias.

Nesse cenário, fala-se em ativismo e se afirma que o Poder Judiciário se tornou o depositário das expectativas dos cidadãos quanto às promessas constitucionais.

O ativismo judicial é relacionado à doutrina da tripartição dos Poderes e ao limite da função jurisdicional que se liga ao novo paradigma da prática dos tribunais, representado pelo neoconstitucionalismo. Ademais, a regulação pela jurisprudência de matérias que não têm previsão legal específica segue na linha do caráter normativo conferido aos Tribunais Superiores, o que corresponde ao disposto no art. 103-A da Constituição Federal, que instituiu a Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal<sup>281</sup>.

O conceito de ativismo judicial não é claro, nem unívoco; toma-se em consideração, aqui, o conceito dado por Elival da Silva Ramos:

Por ativismo judicial, deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).

Essa ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional se faz em detrimento, particularmente, da função legislativa, não envolvendo o exercício desabrido da legiferação (ou de outras funções não jurisdicionais) e sim a descaracterização da função típica do Poder

---

<sup>280</sup> LAGE, Livia Regina Savergnini Bissoli. *O novo papel do Judiciário e a teoria da separação dos poderes: judicialização de direitos?* Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 35, nº 184, junho-2010, pp. 172-173.

<sup>281</sup> BARROSO, Fábio Tulio. *Manual de Direito Coletivo do Trabalho*. São Paulo: LTr., 2010, p.125.

Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes.”<sup>282</sup>

Importa salientar, desse conceito, que não há uma atividade legislativa do Poder Judiciário, pois sua incursão sobre o núcleo das funções dos demais Poderes, tendo por objetivo a solução de litígios, corresponde à sua função específica; trata-se da atuação *in concreto*, destinada aos casos submetidos a Juízo.

Ainda sobre o conceito proposto por Elival Ramos, pondera Cavalcante da Silva<sup>283</sup> que se deve distinguir o ativismo judicial de uma postura substancialista, na qual o juiz reconhece o limite de sua atuação, mas desempenha um papel político decorrente do Estado Democrático de Direito, para conferir densidade aos valores constitucionais e promover a realização dos direitos fundamentais. O autor entende que a posição substancialista, ao tornar vívidas para a sociedade as normas constitucionais, não se choca ou exclui o ativismo judicial, porque a expansão interpretativa não infirma os limites da lei, e se há omissão legislativa em detrimento dos direitos fundamentais, impõe-se a intervenção do Judiciário.

Tem, pois, o Poder Judiciário um papel essencial na concretização da Constituição brasileira como afirma Sarmento<sup>284</sup>, acrescentando que se justifica o ativismo judicial em certas searas, como a tutela de direitos fundamentais, a proteção das minorias e a garantia do funcionamento da democracia. Lembra ele que, todavia, isso não significa que o ativismo judicial, por si, implica a adoção de posições sociais progressistas, por não haver paralelismos entre essas duas formas em razão do que, em algumas vezes, o Poder Judiciário atuou em defesa do *status quo*, e pondera que, com a ênfase no espaço judicial, outras esferas, como a esfera pública informal e a mobilização social, podem ser apagadas do movimento que busca a definição do sentido da Constituição.

Além do ativismo judicial, a doutrina também alude ao passivismo, quando o Judiciário deixa de agir em situação convocada pela lesão a direitos fundamentais. Essas duas posições são opostas e amplas, pois vão da extensão dos novos direitos e sua formulação constitucional, à limitação do seu alcance ou até mesmo efeito contrário, no sentido de ativismo judiciário negativo, a que se refere Tauceda Branco<sup>285</sup>, definindo-o como a conduta

---

<sup>282</sup> In: CAVALCANTE DA SILVA, Geocarlos Augusto. *Democracia e Ativismo Judicial*. Revista de Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 12, nº 46, abril-junho-2011, p.62

<sup>283</sup> CAVALCANTE DA SILVA, Geocarlos Augusto. *Democracia e Ativismo Judicial*. Revista de Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 12, nº 46, abril-junho-2011, p.68.

<sup>284</sup> SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil. Riscos e possibilidades*. In: SARMENTO, Daniel. (coord.) *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009, p. 135.

<sup>285</sup> TAUCEDA BRANCO, Ana Paula. *O ativismo judiciário negativo investigado em Súmulas editadas pelo Tribunal Superior do Trabalho*, in [www.amatra17.org.br](http://www.amatra17.org.br). Acesso em 28-11-2011 às 21:47 hs.



jurisprudencial que atua no sentido da limitação dos direitos humanos e em contrariedade ao sentido emancipatório do neoconstitucionalismo.

Admitido que a nova ordem constitucional promove o ativismo judicial, assinala-se que as relações laborais na terceirização provocam sua ocorrência, uma vez que não há a disciplina legislativa de seu alcance e efeitos nos contratos de trabalho.

O tema, em 1986, foi objeto da Súmula nº 256 do Tribunal Superior do Trabalho, editada com base nas Leis nº 6.019 de 1974 e nº 7.102, de 1983, as quais se referiam diretamente ao trabalho temporário e ao serviço de vigilância.

Intensificando-se a terceirização e a multiplicação dos problemas trabalhistas dela decorrentes, com a lógica capitalista da produção cuja ocorrência ultrapassava os lindes então fixados, e constatada a ausência de normas legais pelas quais se conformasse as relações laborais correspondentes, o Tribunal Superior do Trabalho editou o Enunciado nº 331, com base nos art. 10, § 7º do Decreto-Lei nº 200/67; art. 3º, parágrafo único da Lei nº 5.645/70; nas leis nº 6.019 de 1974 e nº 7.102, de 1983 e no art. 37, inciso II da Constituição da República.

O verbete é apontado como caso de desregulamentação judicial<sup>286</sup> e instrumento legal da terceirização<sup>287</sup>. A sua adoção ocorreu dentro de intenso debate, que gerou, em seus diversos itens, ressalvas dos Ministros votantes<sup>288</sup>. Naquele momento, a Corte Superior Trabalhista teve uma postura ativista, pois lançou as diretrizes jurídicas de um fenômeno que ocorria na sociedade e no mundo do trabalho, mas não era objeto de normas legais.

Entende Tauceda Branco<sup>289</sup>, que o Tribunal Superior do Trabalho, ao estabelecer a Súmula 331 rompeu com a subsunção dogmática, mas cortou a conexão entre o Direito e a cidadania, deixando de aplicar a ótica da valorização do trabalho humano para se guiar tão somente pelo princípio constitucional da livre iniciativa. Assim, atuou como legislador, criando fonte formal que determina como deve ser compreendido o fenômeno da terceirização. Ela trata a postura jurisprudencial como expressão de ativismo judiciário negativo, por não levar à concretização dos direitos sociotrabalhistas.

---

<sup>286</sup> URIARTE, Oscar Ermida. *A flexibilidade*. São Paulo: LTr., 2002, p.147.

<sup>287</sup> DRUCK, Graça; THÉBAUD-MONY, Annie. *Terceirização: a erosão dos direitos dos trabalhadores na França e no Brasil*. IN: DRUCK, Graça; FRANCO, Tânia. (orgs). *A perda da razão social do trabalho. Terceirização e precarização*. São Paulo: Boitempo, 2007, p.44.

<sup>288</sup> Em todos os incisos, houve ressalva de entendimento pelos Ministros, sendo que o Ministro Francisco Fausto fez ressalva a todos eles. PINTO MARTINS, Sérgio. *A Terceirização e o Direito do Trabalho*. 11. ed., São Paulo: Atlas, 2011, p.124.

<sup>289</sup> TAUCEDA BRANCO, Ana Paula. *O ativismo judiciário negativo investigado em Súmulas editadas pelo Tribunal Superior do Trabalho*, in [www.amatra17.org.br](http://www.amatra17.org.br). Acesso em 28-11-2011 às 21:47 hs.

Reconhece-se que a Súmula 331, do TST, decorre de ativismo judiciário que, no entanto, ficou aquém da possibilidade aberta pela doutrina do neoconstitucionalismo. A ponderação entre os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, além do objetivo da República Brasileira de construir uma sociedade livre, justa e solidária, eram determinantes para que a terceirização fosse convertida a um patamar civilizatório, mediado pelos direitos trabalhistas. No entanto, a postura judicial se limitou a definir as hipóteses de sua ocorrência, e o fez com tamanha largueza que se tornou uma legitimação da terceirização. Lembra-se a observação de Barroso<sup>290</sup> de que o ativismo nem sempre significou posições progressistas. Com a Súmula 331, do TST, a terceirização ganhou espaço, sem que os direitos sociais dos trabalhadores terceirizados adquirissem igual amplitude, mediante o desvelamento da natureza precarizante da relação sociotrabalhistas existente.

O ativismo judicial se legitima como entendimento formado a partir de diálogo com a sociedade. Na época da edição da Súmula 331, do TST, a extensão social do fenômeno não foi captada: a utilização da terceirização é extensa e intensiva, pois se dá sob diferentes formas e nas mais diferentes atividades, e, nesse movimento, atinge com crescente intensidade os direitos trabalhistas, com o aumento do contingente de trabalhadores terceirizados.

Na linha do ativismo judicial, o Tribunal Superior do Trabalho inaugurou uma nova fase, de natureza dialética e entendimento democrático, ao convocar e realizar, em outubro de 2011, audiência pública sobre a terceirização de mão de obra. Do evento participaram quarenta e nove especialistas, compreendendo juristas, acadêmicos, magistrados, políticos (os deputados federais Sandro Mabel e Vicentinho), representantes de entidades de classe patronais e de entidades de classe obreiras<sup>291</sup>.

Esta abertura ao diálogo teve repercussão em julgamentos posteriores, naquela Corte. No julgamento do ARR - 419-42.2010.5.03.0137, 6ª Turma, em 09/11/2011, o Relator, Ministro Augusto César Leite de Carvalho, assinalou em seu voto que, da audiência pública emergiram depoimentos e dados que retrataram a precarização do setor terceirizado mediante incidência desproporcional de acidentes de trabalho, desigualdade salarial e descolamento da categoria profissional representada pelo sindicato que congrega os trabalhadores afetos à

---

<sup>290</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional do Brasil)*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. (coord.) *A constitucionalização do Direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

<sup>291</sup> Notícias. 06/09/11. Terceirização: 49 especialistas participarão da audiência pública no TST. In [www.tst.gov.br](http://www.tst.gov.br). Acesso em 29-11-2011 às 10:37 hs.

atividade-fim, como se as leis de organização sindical cuidassem da terceirização como uma atividade econômica *per se*, fundamentos que levavam à proscrição da *terceirização* da atividade fim<sup>292</sup>.

## 6.2.2 a visão judicial da terceirização

A terceirização, no âmbito do entendimento judicial, tem sua forma na redação atual da Súmula 331, do Tribunal Superior do Trabalho; *verbis*:

Súmula 331. Contrato de Prestação de Serviços. Legalidade (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) – Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011.

<sup>292</sup> RR - 419-42.2010.5.03.0137 (...) **RECURSO DE REVISTA DA CONTAX S.A.EMPRESA DE TELEFONIA. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. RECONHECIMENTO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO DIRETAMENTE COM A TELEMAR. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.** Trata-se de contratação de empregada por empresa interposta, para prestação de serviços na Telemar Norte Leste S.A., em atividades de agente de cobrança de *telemarketing* (*call center*). Sob o fundamento de existência de intermediação de mão de obra, a decisão regional manteve a condenação solidária, ante a constatação do exercício de tarefas relacionadas à atividade fim da tomadora de serviços. Não se viabiliza a pretensão de reforma do julgado, para reconhecer válido contrato de terceirização, e a consequente aplicação da Súmula 331, IV, do TST. A problemática da terceirização de serviços evidencia-se de forma incontestável no cenário social da atualidade, gerando inúmeros debates a respeito de sua conveniência e de seus resultados, sociais e econômicos. O tema foi objeto de intensa reflexão nesta Corte trabalhista, nos dias 4 e 5 de outubro de 2011, na primeira audiência pública de sua história. Sob a perspectiva jurídica, emergiu a discussão acerca da licitude da terceirização e da atividade que lhe é inerente e a necessária interpretação dos termos da Lei 9.472/97, a qual, em rigor, é omissa quanto à matéria trabalhista, pois importou ao legislador regulamentar os serviços de telefonia e a relação entre as empresas que os executariam e dois de seus interlocutores: a agência reguladora e os consumidores. Havendo conflito de ordem puramente consumerista ou econômica, os usuários (ou consumidores) e a Agência estariam protegidos, pois poderiam atribuir responsabilidade à concessionária, sem demandar necessariamente contra a prestadora dos serviços; havendo, porém, conflito de ordem laboral, a lei seria omissa quanto à obrigação de a concessionária honrar igualmente os haveres trabalhistas e assim se poderia intuir que os trabalhadores poderiam cobrar seus créditos, de natureza alimentar, somente das empresas interpostas. Em decisão emblemática (E-RR-586.341/1999.4), a SBDI-1 do TST repeliu a adoção por reflexo da citada lei para que se imunizasse a empresa concessionária das obrigações trabalhistas que derivariam, segundo a jurisprudência antes consolidada, de seu vínculo direto com os empregados envolvidos em sua atividade fim. Embora não se pretenda que o direito do trabalho engesse ou paralise a atividade econômica, cabe-lhe por certo estabelecer os parâmetros que viabilizam a progressão da economia - inclusive na perspectiva da geração de emprego e renda - sem aviltamento da dignidade humana. Os sistemas econômico e jurídico-trabalhista não se excluem, antes devendo interagir. E se há um princípio regente do direito do trabalho, resultante da ponderação levada a efeito pelos agentes da jurisdição trabalhista, a exegese do art. 94, II, da Lei 9.472/97 a ele deve moldar-se, interpretando-se a autorização de -contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes- sem apego em demasia ao léxico, que conduziria à imunização do setor de telecomunicações quanto à norma a que estariam sujeitos todos os outros setores de produção. Os depoimentos e dados colhidos durante a audiência pública tratam ainda a precarização do setor terceirizado mediante incidência desproporcional de acidentes de trabalho, desigualdade salarial e descolamento da categoria profissional representada pelo sindicato que congrega os trabalhadores afetos à atividade-fim, como se as leis de organização sindical cuidassem da terceirização como uma atividade econômica *per se*. Assim, proscreve-se a *terceirização* da atividade fim, vale dizer, ao titular da empresa tomadora dos serviços deve ser imputada a qualidade de empregador, para efeitos trabalhistas. São essas as razões pelas quais entendo deva aplicar-se a Súmula 331, I, do TST, atribuindo-se à concessionária dos serviços de telefonia a condição de empregadora. A decisão regional encontra-se em perfeita consonância com a atual jurisprudência desta Corte, consubstanciada na Súmula 331, I, do TST. Dessa forma, incide o teor da Súmula 333 desta Corte e do art. 896, § 5º, da CLT. Recurso de revista não conhecido. (ARR - 419-42.2010.5.03.0137 DEJT 18/11/2011.) In [www.tst.gov.br](http://www.tst.gov.br). Acesso em 29-11-2011.

I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II. A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V – Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Na primeira fase, o Tribunal Superior do Trabalho afirmara a ilegalidade do contrato de prestação de serviços e a formação do vínculo empregatício direto com o tomador de serviços, sendo ressalvadas apenas as situações expressamente previstas em lei, isto é, trabalho temporário e serviço de vigilância, objeto, respectivamente, das Leis nº 6.019, de 1974 e nº 7.102, de 1983. Essa orientação adotada em 1986 foi precedida pela afirmação do entendimento de que é bancário, o empregado de empresa de processamento de dados que presta serviço a banco integrante do mesmo grupo econômico<sup>293</sup>, situação que ocorria nas primeiras formas da terceirização.

Na fase seguinte, que teve início em 1993, foram, por meio da Súmula 331, do TST, afirmadas as possibilidades de utilização dos serviços terceirizados.

---

<sup>293</sup> Súmula 239. É bancário o empregado de empresa de processamento de dados que presta serviço a banco integrante do mesmo grupo econômico. Resolução Administrativa nº 15/1985.

A respeito dessa mudança, Abdala<sup>294</sup> esclarece que a realidade socioeconômica impôs o reconhecimento da necessidade desse procedimento, pelas empresas, com a consequente admissão da terceirização, considerando que, se a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano, também se funda na livre iniciativa, conforme os arts. 170 e 173 da Constituição da República. O mesmo fundamento se encontra no voto proferido no julgamento do AIRR-1282-91.201.5.03.0009, 7ª Turma<sup>295</sup>, pelo Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, Ives Gandra Martins Filho, no qual ele averba que a evolução jurisprudencial no âmbito daquela Corte, em torno do fenômeno da terceirização, se deu pela adoção de uma posição moderada, pois a Súmula 256 era extremamente limitativa, sendo a Súmula 331 ditada pela realidade fática e desenvolvimento legislativo, notadamente a alteração do quadro normativo a partir da Constituição da República de 1988, no que diz respeito às entidades da Administração Pública. O julgador remata que disso decorreu a divisão entre terceirização permanente da mão de obra para atividade-fim e terceirização de mão de obra para atividade-meio.

Na falta de lei sobre outras hipóteses de terceirização, os contornos desse fenômeno foram fixados mediante os elementos para a verificação da existência, ou não, de contrato de trabalho, tendo como ponto de partida a rejeição à simples intermediação de mão de obra, na qual a contratada não tem autonomia administrativa desenvolvendo os trabalhos sob direção e supervisão da contratante, e, ainda, não tem especialização no serviço a executar.

Na análise dos temas tratados no verbete sumular, verifica-se que, no seu primeiro item, é focalizado o modo como atua a empresa contratada, sua desenvoltura no campo dos negócios, isto é, sua idoneidade financeira, a existência de uma organização empresarial. O segundo tema visa a estreimar o trabalho prestado em terceirização e a formação do vínculo de emprego, e nele é mencionado o cabimento da terceirização em atividade-meio com prestação de serviços especializados e, dentre os requisitos típicos do contrato de trabalho, são destacados a pessoalidade e a subordinação direta. Nessa passagem, o Tribunal seguiu o entendimento da natureza jurídica da subordinação, sem percutir a noção da subordinação estrutural, ocorrente com a inserção do trabalhador na empresa<sup>296</sup>.

---

<sup>294</sup> ABDALA, Vantuil. *Terceirização: atividade-fim e atividade-meio – responsabilidade subsidiária do tomador de serviço*. Revista LTr. São Paulo, n. 60-05, mai. 1996, pp. 587-590.

<sup>295</sup> [www.aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroteor](http://www.aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroteor). Acesso em 29-11-2011.

<sup>296</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho*. IN: Revista LTr, Legislação do Trabalho. São Paulo, n. 70-06, jun. 2006, pp. 657-667: “Estrutural é, pois, a subordinação que se manifesta pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços independentemente de receber suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento.”

O terceiro tema tratado na Súmula é a responsabilidade do tomador pelos débitos trabalhistas. A esse respeito, houve alteração em 2000, para a inclusão dos órgãos da administração direta, autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista; em 2011, houve nova alteração em que, embora mantida a responsabilidade dos entes integrantes da Administração Pública direta e indireta, foi acrescentado que essa responsabilidade está ligada à evidência da conduta culposa no cumprimento das obrigações contratuais, decorrentes da Lei nº 8.666, de 21-06-1993. Nessa versão, há distinção entre responsabilidade objetiva e responsabilidade subjetiva, entre empresas privadas e Administração Pública, e ocorre ainda a fixação dos limites da responsabilidade<sup>297</sup>.

Esse entendimento jurisprudencial visa à terceirização, como procedimento, pois se volta para sua aplicação administrativa, como parte da estratégia das empresas para a realização de seus serviços, embora esteja subjacente a rejeição a esse procedimento com o mero objetivo de redução de custos. Nesse sentido, encontra-se o traçado de uma linha divisória entre a intermediação de mão de obra, objeto do art. 455 da Consolidação das Leis do Trabalho, e os serviços e atividades de execução por empresa contratada como terceirização.

Concorre a Súmula nº 331 do TST para dar um tratamento jurídico ao fenômeno surgido dos meandros da ciência da Administração. Ao focalizar os aspectos da caracterização da intermediação e da responsabilidade pelos haveres trabalhistas, ela atua em espaço próprio à teoria geral dos contratos, dada a ausência de regulação normativa do Estado sob o enfoque específico do Direito do Trabalho.

A terceirização se insere na rota da flexibilização e da diminuição dos poderes estatais com a transferência de poderes de regulação a terceiros, para moldarem seus negócios e sua atividade, segundo a liberdade de iniciativa e a autonomia contratual, utilizando-se da

---

<sup>297</sup> Súmula 331. Contrato de Prestação de Serviços. Legalidade (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) – Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011. I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974). II – A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988). III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. V – Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada. VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

filosofia liberal. Para isso, as empresas adotaram, notadamente, o modelo da flexibilização externa, alterando o modo de contratação da mão-de-obra, mediante as subcontratações, e intensificaram-no mediante a flexibilização interna, no sentido de trazer os trabalhadores da contratada para a execução dos serviços dentro do ambiente da contratante e terceirizante. Adverte Barroso<sup>298</sup> que há uma mercantilização da utilização dos serviços privados e subordinados, pois a empresa não busca, com a exteriorização da atividade, suprir deficiências técnicas, mas a redução dos seus custos, com a fuga às obrigações trabalhistas.

Em verdade, com a Súmula nº 331, do TST, houve a adoção de entendimento que confere validade à terceirização chamada de regular em distinção de sua modalidade irregular, tendo como ponto central para isto a especialização da empresa, sua capacitação e organização especial para o serviço, o que está subjacente na separação, ali feita, da atividade-fim e atividade-meio, com vistas à tomadora dos serviços. A partir da teoria dos contratos, o Tribunal Superior do Trabalho estabeleceu a solução, que, para Uriarte<sup>299</sup> constituiu uma desregulamentação judicial, na medida em que viabilizou a terceirização com maior amplitude, indo além das hipóteses descritas em lei.

O papel da referida Súmula, no tocante aos direitos trabalhistas, ficou restrito a promover sua implementação por meio da efetividade das decisões. Ainda assim, ela é aplicada apenas àquelas de natureza condenatória, o que é demonstrado pelo item VI a respeito do limite da responsabilidade subsidiária, pois sua formulação enuncia a abrangência da responsabilidade subsidiária a todas as verbas decorrentes da condenação. Não foram, portanto, contemplados em seu alcance, as situações existenciais que envolvem reintegração, embora se possa lançar o dardo mais além para incluir os salários do período entre a dispensa e a impossibilidade da restauração do vínculo.

A responsabilidade subsidiária constitui um reforço à obrigação, que não vai ao cerne do contrato entre as empresas nem faz a terceirizante e terceirizada partilharem a sorte do contrato de trabalho e do trabalhador terceirizado. O reconhecimento da responsabilidade solidária, como fórmula para diminuir o inadimplemento de direitos trabalhistas reconhecidos judicialmente é um aspecto relevante e que ocupa a atenção de estudiosos, como ocorreu na I Jornada de Direito e Processo do Trabalho, promovida pela Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho e Tribunal Superior do Trabalho, em 2007<sup>300</sup>. Também na reflexão do Ministro Presidente do Tribunal Superior do Trabalho, João Oreste Dalazen, sobre a

---

<sup>298</sup> BARROSO, Fábio Tullio. *Novo Contrato de Trabalho por Prazo Determinado*. Curitiba: Juruá. 2005, p.19.

<sup>299</sup> URIARTE, Oscar Ermida. *A flexibilidade*. São Paulo: LTr. 2002, p. 47.

<sup>300</sup> Enunciado nº 10 – Terceirização. Limites. Responsabilidade solidária. A terceirização somente será admitida na prestação de serviços especializados, de caráter transitório, desvinculados das necessidades permanentes da empresa, mantendo-se, de todo modo, a responsabilidade solidária entre as empresas.

terceirização e o problema da efetiva proteção do trabalhador, como destinatário das normas do Direito do Trabalho e seu adensamento, foi reafirmada a necessidade de imposição da responsabilidade solidária<sup>301</sup>.

A ausência, na Súmula, de adoção de entendimento sobre os direitos trabalhistas dos empregados terceirizados, ou de caracterização de uma forma especial de trabalho, reduz sua expressão na garantia ou promoção dos direitos sociais, ao acolher e tratar a figura contratual nascida fora dos lindes jurídicos. A realidade surpreende o Direito e, para a terceirização, essa realidade se formou na confluência entre a ciência da Administração e o capitalismo, desconcertando os sujeitos do Direito do Trabalho.

A dicotomia real ocorrente na prestação dos serviços quando se trata da terceirização permanente não está versada na seara jurídica segundo o padrão de que o direito do trabalho é um direito que surgiu com o capitalismo e deve ser aplicado ou ajustado a todas as situações em que o contrato de trabalho existe, surpreendendo as variações ocorrentes. Ora, a particularidade do Direito do Trabalho reside na proteção do trabalho e do trabalhador, indo, pois, além da regulação das relações de trabalho o que implica um outro modo de perceber e enquadrar as realidades do mundo do trabalho.

O reconhecimento da terceirização como procedimento, apesar de sua intensificação com a adoção extensiva e permanente pelas empresas, não tem uma análise e direcionamento sobre o conteúdo da relação de direito material, no alcance dos direitos e do tratamento devido ao trabalhador terceirizado. Está subjacente que esse espaço é preenchido pelas normas existentes quanto à proteção do trabalho o que implica ser dirigido ao empregador, isto é, a empresa terceirizante. É um imperativo social atrair a atenção sobre esse trabalhador, cuja forma de trabalho, hoje, se tornou frequente, mas, no contexto dos direitos trabalhistas, é vista sob as lentes tradicionais do trabalho e da relação dual que liga diretamente empregado e empregador. Esse tratamento resulta em uma indeterminação e negativa da peculiaridade dessa relação triangular, precisamente, do contexto que a torna tão diferente das relações contratuais existentes na estrutura formal. Com a terceirização, houve a inserção de terceiro nessa relação, o qual se encontra junto do empregador e é o destinatário dos serviços. Como se vê, dependendo do ângulo de enfoque, o terceiro passa a ser o empregado quando o contrato civil dá azo a que ele passe a trabalhar para outrem; quando examinado de dentro do contrato de trabalho, o terceiro é a empresa tomadora de serviços que, alheia ao contrato de trabalho, recebe a prestação de serviços do empregado.

---

<sup>301</sup> DALAZEN, João Oreste. *Discurso de abertura da audiência pública sobre terceirização*. Disponível em: [http://ext02.tst.jus.br/pls/no01/NO\\_NOTICIASNOVO](http://ext02.tst.jus.br/pls/no01/NO_NOTICIASNOVO). Acesso em 11-10-2011, 12:32 h.



Operou-se um desdobramento na relação produtiva, com o reforço e duplicação do papel da empresa, pois, concomitantemente, tem-se a empresa que recebe os serviços e a empresa que os fornece; no trabalhador, houve a acumulação de papéis, com a colocação de sua força de trabalho em uma empresa e a existência do vínculo de emprego com outra, ao mesmo tempo. Nessa situação, duplicou-se a subordinação, somando-se a subordinação direta exercida pelo empregador que dá ordens e a subordinação indireta ao tomador de serviços. A subordinação estrutural que tem como premissa a inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de serviços abre possibilidades para a construção de uma nova estruturação dos direitos trabalhistas, na terceirização. Com a profunda alteração da estrutura de produção, a assunção do risco da atividade econômica contida na definição de empregador<sup>302</sup> deve ser colhida na reflexão sobre os direitos do trabalhador terceirizado, ampliando o suporte desses direitos com a reunião daqueles atinentes ao empregador direto e ao tomador de serviço, mediados no princípio da norma mais favorável.

A sociedade deve seguir o esforço de criar mais justiça e igualdade para esses trabalhadores; ante a ausência do desenvolvimento legislativo dos direitos trabalhistas na relação terceirizada, mostra-se necessário tornar efetivos, para os trabalhadores, os direitos existentes<sup>303</sup>, nos aspectos que dizem respeito ao conteúdo do contrato, ou seja, à defesa do vínculo em si e dos seus efeitos.

A terceirização, cujo trabalho, com grande frequência, se realiza no âmbito da empresa tomadora dos serviços, mantém o paradigma capitalista de concentração e centralização das empresas, servindo o novo critério apenas para precarizar o valor-trabalho<sup>304</sup>.

Para a efetividade aos direitos trabalhistas, a dualidade da relação substancial foi atraída para a relação processual, contemplando a responsabilidade pelos haveres trabalhistas. Como efetividade das decisões, também deve entender-se a dimensão teleológica e instrumental do discurso<sup>305</sup> ao lado da aptidão do processo para cumprir de forma integral as suas funções sociais, políticas e jurídicas e atingir os seus escopos institucionais, notadamente o da pacificação social. Com efeito, é mister que o acesso à Justiça não se dê como um procedimento formal, sem interferência na realidade e na vida da pessoa comum, de modo a restaurar a perda ou reparar o dano sofrido. Ao lado da admissão em Juízo, do modo de ser do

---

<sup>302</sup> CLT: Art.2º. Considera-se empregador a empresa individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

<sup>303</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Brian. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 91.

<sup>304</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, Trabalho e Emprego*. São Paulo: LTr., 2006, p. 50.

<sup>305</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11. ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 364.

processo, dos critérios de julgamento ou justiça nas decisões, há de ser observada a utilidade das decisões, com a efetivação dos direitos, dando-se maior utilidade ao provimento jurisdicional, com resultados práticos que levem à entrega do bem da vida, efetivamente buscado.

O direito processual deve ter eficácia de modo a diminuir a distância entre o direito vigente e o direito socialmente vivo. O sistema jurídico, pelo meio judiciário, deve fazer valer os direitos das pessoas comuns, ao nível individual, com a proteção eficaz de seus direitos e a realização do resultado desejado pelo direito material.

O movimento nessa direção encontra-se na Orientação Jurisprudencial SDI1-383<sup>306</sup>, em que é assegurado ao trabalhador contratado em terceirização irregular, na Administração Pública, o direito às mesmas verbas legais e normativas asseguradas pelo tomador dos serviços aos seus empregados.

Apesar de haver crítica a essa diretriz, sob o fundamento de que se trata de empregadores distintos, não podendo o julgador atuar como legislador positivo para reconhecer a igualdade salarial<sup>307</sup>, pondera-se que o princípio da igualdade, enunciado no art. 5º da Constituição da República, comporta uma leitura ampla e amoldada aos tempos de terceirização. Se a regra da identidade de empregadores marcou a fábrica fordista, na qual os trabalhadores estavam sob o mesmo vínculo de emprego, quanto ao empregador e quanto à espécie contratual, as novas condições não podem servir para amesquinhá-la: naquela fase das relações trabalhistas, as mais diferentes funções eram executadas pelos empregados da mesma empresa, lado a lado. Mudaram-se os tempos. A tradução atual, na empresa horizontalizada, preserva a mesma identidade do trabalho, dentro da complexidade das relações de produção. Prevalece a leitura contemporânea do princípio da proibição de distinção entre os profissionais<sup>308</sup>.

A irregularidade da terceirização no âmbito privado resulta no reconhecimento do vínculo empregatício com o tomador dos serviços (Súmula 331, I) e, na Administração Pública, essa irregularidade desagua no reconhecimento do direito às mesmas verbas legais e normativas asseguradas pelo tomador dos serviços aos seus empregados, o que tem,

---

<sup>306</sup> OJ-SDI1-383. TERCEIRIZAÇÃO. EMPREGADOS DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS E DA TOMADORA. ISONOMIA. ART. 12, 'A' DA LEI Nº 6.019, DE 03.01.1974 (MANTIDA) – Res. 175/2011, DEJT, divulgado em 27, 30 e 31.05.2011. A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções. Aplicação analógica do art. 12, "a", da Lei nº 6.019, de 03.01.1974.

<sup>307</sup> PINTO MARTINS, Sérgio. *A Terceirização e o Direito do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.134.

<sup>308</sup> CR/88. Art. 7º – XXXII – proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos;

subjacente, uma exigência de identidade de tratamento trabalhista para o terceirizado, pelo empregador, em ambas as situações. Assim, quer por meio do vínculo empregatício com o tomador dos serviços, quer por meio da garantia do mesmo tratamento trabalhista pelo prestador de serviços e empregador é obtida a igualdade entre o trabalhador terceirizado e os trabalhadores do tomador de serviços.

Como tratar, então, os terceirizados em situação de terceirização regular? A regularidade do contrato entre as empresas e do modo de trabalhar não resulta por si só no cumprimento das obrigações trabalhistas, nem afasta vicissitudes do contrato de trabalho, como acidentes do trabalho. O princípio da isonomia acena à mesma solução, que significa a valorização do trabalhador, importando, assim, o trabalho por ele realizado. Com esse procedimento, voltam a ser reunidas, no trabalhador, a pessoa e sua força de trabalho, que foram separadas pelo capitalismo, o qual resolveu, sob a forma de contrato e de pagamento, a relação trabalhista, o que foi reforçado com a terceirização. Nesse contrato entre empresas, o trabalho é a mercadoria contratada e entregue pela empresa terceirizante; o trabalhador é ignorado, na relação mercantil e apagado como pessoa na relação trabalhista.

Não basta, contudo, a responsabilidade pelo pagamento dos créditos trabalhistas, quando a decisão envolve imposição de obrigação de fazer, como a reintegração decorrente do reconhecimento de estabilidade acidentária do trabalho. É necessário dar efetividade à decisão, mormente em caso de a empregadora ter encerrado suas atividades, quando o contexto demonstra que o reclamante prestava serviços diretamente à tomadora, onde estava seu local de trabalho, em razão de contrato de terceirização entre as empresas.

Situação dessa natureza potencializa a dissociação entre o que ocorre no mundo dos fatos e da prestação de serviços terceirizados e o mundo do direito com a feição cristalizada do contrato de trabalho em que há dissociação entre o vínculo e o trabalho. A Súmula nº 331, do TST, afirmando a responsabilidade pela obrigação, é um mecanismo que propende à efetividade das decisões, mas tem sido aplicada como destinada à natureza condenatória da decisão e restrita à obrigação pecuniária. Uma vez que no item I da Súmula é afirmado que, na contratação irregular por empresa interposta, o vínculo se forma diretamente com a empresa tomadora de serviço, em redirecionamento factual da relação jurídica para atribuir e identificar o verdadeiro empregador, no contratante que se valeu da irregularidade esse mesmo sentido deve ser aplicado, nas obrigações de fazer, quando a empresa contratada encerrou suas atividades, de modo a possibilitar que a reintegração se opere, dando efetividade ao direito substancial seguindo a subordinação estrutural e com vista ao local de trabalho como efetivo local de cumprimento do contrato de trabalho. Na relação triangular, a

vicissitude econômica, em grau máximo, da empresa prestadora de serviços deve ser tratada como elemento de caracterização de uma intermediação de mão de obra, na medida em que o objeto social consiste, apenas, na prestação de serviços a outras, ou outra empresa.

Na terceirização, a convergência entre o princípio da proteção do trabalhador e o princípio da função social do contrato, uma vez que é por meio de contrato que as empresas obtêm e fornecem a prestação de serviços, deve ser aplicada e destacada a responsabilidade do tomador com quem lhe presta serviços e, portanto, o trabalhador inserido na produção e na estrutura da empresa, que se torna elemento concorrente para o lucro obtido. Afirma Bedaque<sup>309</sup> que a tutela jurisdicional deve ser entendida como tutela efetiva de direitos ou de situações pelo processo, tendo como conteúdo a garantia de proteção do direito material, superando frustrações daquele que está efetivamente amparado em uma norma de direito material. O direito do trabalho contém hipóteses que asseguram ao trabalhador a continuidade da relação de emprego; verificada situação correspondente a qualquer das estabilidades especiais, sua concretização deve se operar, no processo, com a reintegração do empregado na empregadora ou na tomadora de serviços em que, efetivamente, trabalhava.

Na terceira e atual fase do capitalismo, a flexibilização dos direitos trabalhistas se tornou um procedimento buscado para maximização dos lucros; um dos mecanismos utilizados nessa diretriz foi a terceirização que significa a externalização de atividades da empresa, seja por meio de empregados que foram transformados em empresários para continuarem a prestar os mesmos serviços, seja por meio de empresas, por vezes adrede constituídas com o objeto de prestação de serviços<sup>310</sup>. É mais um mecanismo de precarização da proteção trabalhista e do Direito do Trabalho, com a dispersão do trabalhador e do sentido do trabalho. O capitalismo que, para seu funcionamento, consome bens, também consome os indivíduos e o trabalhador, mediante a redução do seu significado na relação de produção, apartando-o mais e mais do produto de seu trabalho.

No intermitente debate sobre a necessidade, ou pertinência, de regulamentar a terceirização, verifica-se que, até o momento, as leis que foram adotadas versam sobre a hipótese de seu cabimento, sem haver disposições sobre os contratos de trabalho que ela envolve. Eventuais referências ao contrato de trabalho ocorrem com vistas a excluir o

---

<sup>309</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: Influência do direito material sobre o direito processual*. 3.ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 29.

<sup>310</sup> RICCA, Sérgio. *Le comportement de l'Etat face au travail précaire*. In: Rodgers, Gerry et Janine. (dir.) *Les emplois précaires dans la regulation du marche du travail. La croissance du travail atypique en Europe de l'Ouest*. Gêneve: Université libre de Bruxelles. 1990, p. 261. O autor assinala que essa organização da produção enseja a ligação entre empresas legais e trabalho ilegal ou irregular, e que o reconhecimento da precariedade como modo de funcionamento do mercado de trabalho fez a terceirização desfrutar de um crescimento espetacular.

reconhecimento do vínculo empregatício. Mas, a prática da terceirização não pode servir para aviltamento da condição do trabalhador e sua exclusão social.

As questões submetidas ao Judiciário Trabalhista, com vistas à terceirização, têm como linhas principais a desconfiguração de intermediação e o pagamento de verbas trabalhistas, da execução ou da rescisão do contrato de trabalho. As decisões proferidas vêm encontrando efetividade, ao assegurarem esses pagamentos, por meio do reconhecimento da responsabilidade subsidiária da empresa contratante. Essa responsabilidade, delineada na teoria das obrigações, tem recebido um enfoque calcado no contrato civil, no vínculo entre as empresas. No direito civil, todavia, o papel do terceiro não é apagado, como se verifica quer da estipulação em favor de terceiro, quer da promessa de fato de terceiro. Há, portanto, nova configuração também no âmbito dos contratos em geral. De sua vez, na responsabilidade civil passou-se da responsabilidade fundada na culpa à responsabilidade pelo dano, com ênfase na restauração da situação anterior à lesão. O enfoque, na relação de terceirização, pode obter elasticidade com a utilização das características desse procedimento, ainda que ele reúna contratos de ramos jurídicos diferentes; tanto mais porque há, na raiz do contrato civil de prestação de serviços e do contrato de trabalho, um contrato de atividade.

O direito material deve conformar as soluções do direito processual e, portanto, se voltar para a efetiva entrega do bem da vida, da situação que o vencedor da lide faz jus conforme o direito que lhe foi reconhecido. A Súmula 331, do TST, na qual o Tribunal Superior do Trabalho enfrenta o tormentoso tema da terceirização, exige uma leitura ampla do alcance da responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, para ir além do pagamento das verbas rescisórias, e colher as hipóteses de prestação de dar, para fazer incidir nelas a mesma responsabilidade, protegendo o vínculo trabalhista e o restaurando junto ao tomador, o que significa exaltar o valor do trabalho e da pessoa do trabalhador. A obrigação de dar e a obrigação de fazer devem receber tratamento igual de que decorra a efetividade das decisões e a observância do conteúdo protetor que particulariza o Direito do Trabalho, com a garantia ao trabalhador do recebimento, em qualquer circunstância, da exata prestação que lhe foi reconhecida em sede judicial, por ela respondendo o empregador e, em seu inadimplemento, o tomador de serviços.

### **6.3. As categorias profissionais**

As categorias profissionais constituem um eixo do direito coletivo, uma vez que ele é assentado na existência dos grupos. Sobressai que a existência do Direito do Trabalho tem como ponto de partida os grupos distribuídos em trabalhadores e empresários, e o conflito que se estabelece entre eles, segundo a disputa permanente por melhores condições de trabalho e

ganhos como objetivo dos primeiros e maiores lucros e acumulação de capital para os outros.

A análise sobre os trabalhadores, em sua expressão no Direito Coletivo, exige a noção sobre as categorias profissionais, para o que se tem em consideração o grupo social, como categoria de estudo adotada pela sociologia, a partir da noção da existência de grupos concretos de todos os matizes e com finalidades diversas<sup>311</sup>, como a forma básica da associação humana, que tem como características a uniformidade, ainda que modulada, de crenças, maneiras, costumes e usos; a autoridade que traduz a força das necessidades, das obrigações e dos direitos da vida em comum e a comunidade que se realiza pela aproximação das pessoas, que pode ser duradoura, até mesmo permanente e contínua ou irregular, ou periódica<sup>312</sup>.

As profissões, diferenciadas e bem estruturadas, surgem na Revolução Industrial por força da divisão do trabalho social, em que os homens se distinguiram entre si, em razão da ocupação exercida na vida econômica, o que corresponde, segundo o ponto de vista técnico, às ocupações exercidas com repercussão na esfera social, mediante o prestígio e poder de que gozam e na esfera econômica, segundo a renda que obtêm ou possuem. Nessa configuração, dá-se o fato profissional que consiste na solidariedade que se estabelece entre os membros da mesma profissão, decorrente das mesmas condições de vida e padrões de habitação, vestuário, alimentação e saúde, que os torna conscientes da ligação que os vincula a um interesse comum. E esse interesse coletivo não é o mesmo que os interesses individuais de cada um, nem os interesses gerais da sociedade, e nem mesmo os interesses de outra profissão<sup>313</sup>. Dentro da profissão, forma-se o interesse comum, o egoísmo coletivo que determina para seus membros a defesa de seus interesses, articulados em um conjunto do qual os traços comuns são a fisionomia externa com que enfrentam o grupo contrário, que lhes impõe aquelas condições e do qual pretendem arrancar uma parte da mais valia que as empresas acumulam, para fazê-las retornar ao trabalhador, que foi o produtor dessa mais valia. O grupo profissional se forma, assim, no cotidiano e como realidade social é espontâneo e anterior a uma regulamentação pelo direito. São os fatos que lhe dão a fisionomia e, nas vicissitudes do trabalho, são a voz unitária do grupo.

A decadência da produção econômica em domicílio, com o surgimento da manufatura que se acelera e passa da fábrica dispersa à fábrica concentrada, trouxe consigo a

---

<sup>311</sup> MORAES FILHO, Evaristo de. *O problema do sindicato único no Brasil. Seus fundamentos sociológicos*. 2.ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1978, p. 19.

<sup>312</sup> Evaristo de Moraes Filho enumera essas características com base em René Maunier, cujo trabalho afirma ser o mais sistemático, na sociologia francesa. MORAES FILHO, Evaristo de. *O problema do sindicato único no Brasil. Seus fundamentos sociológicos*. 2.ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1978, pp. 23 e 35.

<sup>313</sup> Idem. p. 59.

intensificação da produção capitalista e a aglomeração dos trabalhadores. Para o aparecimento do sindicato, isso representou a conjugação dos fatores consistentes nas consequências da livre concorrência preconizada pela liberdade econômica e o liberalismo; a concentração de pessoas e máquinas em grandes locais de trabalho, exigindo o trabalho coletivo e a concentração de capitais para atender ao vultoso custo das máquinas; as grandes lutas sociais, no século XIX que deram ensejo à formulação do socialismo e à publicação do Manifesto Comunista em 1848 e o direito social espontâneo dos grupos sociais, com a construção de normas gerais de conduta, ainda que de maneira informal, e até clandestina, nos primeiros tempos<sup>314</sup>.

A naturalidade do fenômeno sindical e da associação dos membros da mesma profissão, pela proximidade no exercício do trabalho, aglomeração nos mesmos locais e identidade de padrões de vida, condicionaram a formação dos grupos profissionais. Sob essas condições, surgiram os sindicatos na Revolução Industrial, precedidos por uma organização em coalizões que, repudiadas pela lei e pelo Estado, foram um movimento na clandestinidade<sup>315</sup>.

O sindicato configura um fenômeno social presente no século XIX, alcançando o século XX, e o direito a organizá-lo e dele participar se encontra proclamado na Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>316</sup>.

As categorias profissionais se formaram na divisão social clássica do trabalho e integraram o modo de produção fordista e taylorista. Suas características foram recebidas e afirmadas na lei brasileira, pois a CLT define a similitude de condições de vida oriundas da profissão ou trabalho em comum como a expressão social da categoria profissional e a solidariedade de interesses econômicos como o vínculo social básico da categoria econômica, além de destacar a naturalidade do fenômeno associativo<sup>317</sup>.

A expressão classe, conforme Olea<sup>318</sup>, foi usada, por primeiro, em relação à classe média e depois à proletária, a partir do final do século XVIII e início do XIX, dando o sentido

---

<sup>314</sup>MORAES FILHO, Evaristo de. *O problema do sindicato único no Brasil*. Seus fundamentos sociológicos. 2. ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1978, pp. 106-110.

<sup>315</sup> BARROSO, Fábio Tulio. *Manual de Direito Coletivo do Trabalho*. São Paulo: LTr., 2010, p. 133.

<sup>316</sup> Declaração Universal dos Direitos Humanos. Artigo XXIII. 4. Toda pessoa tem direito a organizar sindicatos e neles ingressar para proteção de seus interesses. In: portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis. Acesso em 02-01-2012 às 16:09 h.

<sup>317</sup> CLT. Art. 511, § 1º - A solidariedade de interesses econômicos dos que empreendem atividades idênticas, similares ou conexas, constitui o vínculo social básico que se denomina categoria econômica. § 2º - A similitude de condições de vida oriunda da profissão ou trabalho em comum, em situação de emprego na mesma atividade econômica ou em atividades econômicas similares ou conexas, compõe a expressão social ementada compreendida como categoria profissional. § 4º - Os limites da identidade, similaridade ou conexão fixam as dimensões dentro das quais a categoria econômica ou profissional é homogênea e a associação é natural.

<sup>318</sup> OLEA, Manuel Alonso. *Introdução ao Direito do Trabalho*. Curitiba: Genesis. 1997, p. 329.

de “a classe trabalhadora” -, diferenciada das demais por seus modos de vida e trabalho precisamente, não por sua pobreza absoluta nem relativa. As classes delimitavam, no espaço social, grupos de pessoas que ocupavam posições diferentes na divisão do trabalho, nas relações de propriedade e na distribuição dos recursos capazes de produzir lucro.

As estruturas sociais e as classes sociais tiveram, a partir de meados da década de 50, no século XX, uma classificação em que a sociedade era vista como um conjunto de grupos socioprofissionais; tratava-se de uma nova etapa, subsequente àquela da organização em ofícios, pujante durante o século XIX, com a enumeração das profissões mas sem haver ainda a separação entre mestres e oficiais e na qual os braçais são descritos como “sem ofício”, à qual se seguiu, na Revolução Industrial em sua primeira fase, a separação entre patrões e assalariados, entre não assalariados e assalariados, situada entre fins do século XIX e o nascimento do direito do trabalho. Na terceira etapa, que vai da década de 30 à de 50, foi elaborada a distinção entre operários e pessoal administrativo, e a dicotomia manual/não manual<sup>319</sup> e os grupos e as classes mais proeminentes foram objeto de um trabalho de construção e institucionalização.

As transformações da terceira fase do capitalismo e do modo de produção e, portanto, do mundo do trabalho introduziram nova alteração nesse quadro, tornando-se insuficiente o conceito formulado para o Direito do trabalho clássico. Trata-se de um novo e adverso cenário para o conceito estabelecido de categoria profissional. Com acerto, afirma Andrade<sup>320</sup> que a estrutura horizontal da empresa e o novo conjunto composto por empregados, desempregados, clandestinizados e não empregáveis amplia, no universo coletivo, o conceito de classe. Os conceitos de classe social, determinada por elementos mais voltados para a propriedade de bens e meios de produção e de categoria profissional em que se enfatiza o papel no mundo do trabalho, confluem na formulação das categorias socioprofissionais.

A empresa em rede mantém em gravitação em torno de si outras empresas, cujos trabalhadores se localizam na produção da empresa mais poderosa, já que a ideologia da empresa enxuta (*small is beautiful*) afasta a contraposição de empresa maior. O Direito do Trabalho é questionado a partir de várias causas, das quais para o escopo desse trabalho se considera a implantação da empresa descentralizada e sua organização reduzida, enquanto em torno dela estão empresas pequenas e médias, o que dá lugar a vínculos laborais plurais, seja pelas atividades, seja pelas formas em que elas se desenvolvem, utilizando desde os

---

<sup>319</sup> BOLTANSKI, Luc. CHIAPELLO, Ève. *O novo espírito do capitalismo*. Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2009, pp. 313-314.

<sup>320</sup> ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. *Direito do Trabalho e Pós-Modernidade. Fundamentos para uma teoria geral*. São Paulo: LTr., 2005, p.259.



empregados aos autônomos, amplo espectro em que se contém os terceirizados, os trabalhadores em domicílio, os trabalhadores de contratos a prazo determinado, os parassubordinados.

É no sindicato que o trabalhador toma consciência de si mesmo e reflete sobre sua condição<sup>321</sup>. Essa reflexão se fragiliza em meio à diversidade das situações, das quais se enfatiza aquela do trabalhador terceirizado que partilha o trabalho sem partilhar das respectivas condições, nem mesmo das condições de vida do trabalhador da empresa terceirizante. Como tomar consciência de si em face de um outro que é estranho?

Na esteira do pensamento de Monereo Perez<sup>322</sup>, a mudança na estrutura social e transformação dos valores e modos de vida da população, que implicam a incorporação ao mundo do trabalho de grupos como as mulheres e os estudantes, traz o aspecto cultural e ideológico fornecido pelo reforço da individualidade e crise dos valores solidaristas, como característica das atuais sociedades desenvolvidas, estabelecendo a fragmentação e diversificação das garantias dos trabalhadores, no ordenamento laboral. A unidade de tratamento jurídico do trabalhador é substituída pela individualização da condição jurídica, em diferentes modelos, encontrando-se trabalhadores típicos e protegidos e trabalhadores atípicos e precários, e se dá a contratação sob as mais diferentes formas, muitas delas destinadas a ocultar o vínculo de emprego ou a reduzir o alcance da proteção ao trabalhador.

Advertindo sobre essa situação, a Organização Internacional do Trabalho(OIT), por meio da Recomendação 198 de 2006, sobre a relação de trabalho, trata da política nacional de proteção dos trabalhadores. Nesse sentido, afirma que a natureza e o alcance da proteção outorgada aos trabalhadores vinculados por uma relação de trabalho devem ser definidas pela legislação ou prática nacional, ou ambas, de forma clara e adequada a assegurar uma proteção efetiva dos trabalhadores; aponta a adoção de medidas tendentes a lutar contra as relações de trabalho disfarçadas, como as relações baseadas em formas contratuais que ocultam a verdadeira situação jurídica, e que ocorrem quando um empregador desconsidera o vínculo empregatício existente e oculta sua verdadeira condição jurídica, as quais produzem situações contratuais em que os trabalhadores são privados da proteção a que têm direito. Aduz a OIT que para a proteção dos trabalhadores, a existência da relação de trabalho deve ser determinada principalmente de acordo com os fatos relativos à execução do trabalho e

---

<sup>321</sup> “C’est par le syndicat que l’ouvrier prende consciente de lui-même; c’est là qu’il réfléchit sur sa condition, qu’il cherche à l’améliorer, qu’il apprend à résoudre par la réflexion et l’action le problème de son infériorité, de son ignorance et de son obéissance.” MORAES FILHO, Evaristo de. *O problema do sindicato único no Brasil. Seus fundamentos sociológicos*. 2. ed., São Paulo: Alfa-Omega, 1978, p. 69.

<sup>322</sup> MONEREO PÉREZ, Jose Luis. *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho flexible del Trabajo*. Valencia: Tirant lo blanch, 1996, p.81.

remuneração, sem prejuízo da maneira em que a relação se caracterize em sentido contrário, por meio de contrato ou de outra forma estabelecida pelas partes<sup>323</sup>.

Orienta, ainda, a OIT, quanto à adoção de normas aplicáveis a todas as formas de acordos contratuais, inclusive os que vinculam várias partes, de modo a que os trabalhadores assalariados tenham a devida proteção<sup>324</sup> sendo assegurado que as normas aplicáveis a esses acordos estipulem a quem incumbe a responsabilidade pela proteção prevista.

Essa visão da OIT, para o mundo do trabalho na globalização, embora forneça um suporte para a consideração dos trabalhadores a partir dos fatos correspondentes à execução do trabalho, deve ser aplicada com amplitude que possibilite uma revisão do conceito de classe para lhe dar um alcance ampliado e aberto em sintonia com a nova realidade do trabalho.

Romita<sup>325</sup> faz a oportuna observação de que, ao ratificar o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o Brasil incorporou ao seu ordenamento jurídico o princípio de liberdade sindical, o que acarreta o repúdio à noção de categoria como elemento básico da formação dos sindicatos.

Essa observação suscita a análise da fórmula legal do sindicato por categoria, para a filiação do trabalhador na terceirização. Nos dias atuais, ela se mostra insuficiente quanto aos trabalhadores como prestadores de serviços, pois não define, contempla ou abrange as especificidades do trabalho desenvolvido em ambiente externo à empregadora, característica do fenômeno. Assim, tampouco o sindicato por empresa, ante a dualidade de tomadora e prestadora de serviços, constituirá a solução para o enquadramento sindical e para o exercício da liberdade sindical dos trabalhadores terceirizados.

A regra da simetria ou paralelismo entre categorias e atividades, adotada na legislação brasileira, não resiste ao contato com a realidade do trabalho na terceirização. As inovações introduzidas pela globalização, em cujo bojo vieram a flexibilização dos direitos trabalhistas e das relações trabalhistas, assim como a terceirização, atingem o conceito de categoria profissional como aquela composta por identidade, similitude ou conexão de condições de

---

<sup>323</sup> R.198, 2006. 9. Com a finalidade da proteção das políticas nacionais para os trabalhadores em uma relação de trabalho, a determinação da existência de tal relação deve ser guiada primeiramente pelos fatos relacionados com o tipo de trabalho e a remuneração do trabalhador, não resistindo como a relação é caracterizada em qualquer acordo contrário, contratual ou que possa ter sido acordado entre as partes. In: [www.oit.org.br](http://www.oit.org.br). Acesso em 01-12-2011, às 15:45 h.

<sup>324</sup> R.198, 2006. 4. Políticas nacionais devem ao menos incluir medidas para: (...)c) garantir padrões aplicáveis para todas as formas de acordos contratuais, incluindo aqueles envolvendo múltiplas partes, de modo que os trabalhadores empregados tenham a devida proteção; In: [www.oit.org.br](http://www.oit.org.br). Acesso em 01-12-2011, às 15:45 h.

<sup>325</sup> ROMITA, Arion Sayão. *O conceito de categoria*. IN: FRANCO FILHO, Georgenor de Souza. (coord.). *Curso de Direito Coletivo do Trabalho. Estudos em homenagem ao Ministro Orlando Teixeira da Costa*. São Paulo: LTr., 1998, p. 185.

vida oriunda da profissão ou trabalho em comum<sup>326</sup>; as condições de trabalho variam em razão da tomadora de serviços, ao passo que a empregadora, como prestadora de serviços, não é determinante, para seus empregados terem um trabalho em comum. A definição que foi dada na realidade do modelo fordista se esgarçou com a adoção do modelo toyotista das relações de trabalho e a fragmentação dos vínculos laborais; sua tríplice feição como forma pura é insuficiente para a compreensão das relações que ocorrem na terceirização.

Delgado<sup>327</sup> discorre sobre a representação sindical dos trabalhadores terceirizados, apontando desrespeito à garantia constitucional de uma organização representativa, conforme art. 8º, II, CR/88 por entender que essa somente pode corresponder à entidade sindical de representação da empresa tomadora de serviços, porque a ela está direcionada a vinculação laboral desse trabalhador. Argumenta o autor que a categoria profissional como expressão social elementar é um conceito construído a partir de dados e circunstâncias fáticas, o que é dado pela similitude de formação profissional, condições de trabalho e circunstâncias laborativas, o que se encontra na empresa tomadora de serviços.

Nota-se que Coutinho<sup>328</sup>, ao analisar o trabalho dos bancários, formais e terceirizados, e as diferentes formas de terceirização introduzidas nessa atividade, afirma incisivamente que todos eles integram uma mesma categoria profissional, pois os terceirizados não constituem uma categoria profissional uniforme.

O aspecto objetivo da representação sindical, sob a noção de categoria informada pelo vínculo dos trabalhadores com a empresa prestadora de serviços e pela consideração da finalidade econômica por ela desenvolvida como sua atividade empresarial, não serve como traço de união e denominador comum para os trabalhadores, uma vez que eles estão dispersos pelos locais de trabalho das tomadoras de serviços entre funções diferentes e empresas diferentes.

Embora sem ingressar na discussão sobre enquadramento sindical, cuja existência não mais se reconhece na ordem jurídica trabalhista brasileira, não se pode negligenciar o significativo entendimento doutrinário que contesta a existência de uma categoria de prestadores de serviços por não haver uma atividade econômica.

A liberdade sindical é um dos direitos que maior preocupação e cuidados tem recebido da OIT, como se deduz da existência de um Comitê próprio para o trato das questões que

---

<sup>326</sup> CLT. Art. 511, § 2º. A similitude de condições de vida oriunda da profissão ou trabalho em comum, em situação de emprego na mesma atividade econômica ou em atividades econômicas similares ou conexas, compõe a expressão social elementar compreendida como categoria profissional.

<sup>327</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, 9. ed. São Paulo: LTr., 2010, pp. 450-451.

<sup>328</sup> COUTINHO, Grijalbo Fernandes. *Terceirização Bancária no Brasil. Direitos Humanos violados pelo Banco Central*. São Paulo: LTr., 2011, pp.160 e 184-185.

dizem respeito à matéria. A indicação, na Convenção 87, do direito de constituição de organizações da escolha dos trabalhadores e dos empregadores como um dos aspectos da liberdade sindical pode levar a um novo arranjo da categoria organizada, surgido das mudanças do conceito sociológico de categoria.

Da observância da liberdade sindical pode provir a solução, com a possibilidade de opção do empregado de se sindicalizar na categoria profissional que corresponde aos trabalhadores da empresa em que presta seus serviços.

#### **6.4 Os sindicatos**

A formação da consciência social dos trabalhadores surgiu na constatação da precariedade de suas condições de trabalho, na confluência dos fatores de baixos salários, longas jornadas e locais insalubres, frequentes acidentes e trabalho de crianças. Na época inicial ela se direcionou para o socorro dos acidentados ou de suas famílias desamparadas, pois, assim, ao se fortalecer o sentimento comum de vivência e temor de riscos, formou uma consciência de classe, resistência e luta contra a degradação da força de trabalho. Era a primeira fase do capitalismo, caracterizada pelo ideário liberal e, em resultado das lutas sindicais deflagradas pela consciência de classe dos trabalhadores, foram obtidas vantagens que significaram proteção social e reconhecimento de direitos trabalhistas.

A atual fase do capitalismo, fundada no pensamento neoliberal, ou ultraliberal, retoma a indiferença pela proteção social e se vale da estratégia da fragmentação da classe trabalhadora, mediante modelos contratuais com que se configura a empresa flexível<sup>329</sup> para acelerar a acumulação de lucros.

Fruto de mais uma crise do capitalismo, que se recria para a intensificação da produção e a acumulação flexível, a sociedade pós-industrial traz fenômenos e valores de grande profundidade e repercussão social, como os que surgiram no início da sociedade industrial, marcados pelo descompasso entre seu ideário e o da classe trabalhadora, no sindicalismo. Ao mesmo tempo, a sociedade se pluraliza com o surgimento dos novos movimentos sociais o que propõe questões novas e dá à discussão sobre a centralidade do mundo do trabalho, que já não é apenas industrial, um espectro mais amplo. Vêm ao âmbito da discussão do sentido do trabalho, além dos empregados, os trabalhadores autônomos e os

---

<sup>329</sup> Expressão utilizada por Barroso para designar a empresa em que há um universo de modelos contratuais flexíveis, com trabalhadores periféricos. BARROSO, Fabio Tulio. *Novo Contrato de trabalho por prazo determinado. Flexibilização laboral e Internacionalização das Relações de Trabalho*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 65.

informais, e também os desempregados, os inempregáveis e os aposentados, porquanto os múltiplos enfoques da proteção social recobrem essas situações.

O sindicalismo passou por alterações estruturais e de valores, mas esteve sempre baseado na oposição entre capital e trabalho, na dicotomia trabalhadores *versus* empregadores. A nova situação que surge com a nova crise, ou a terceira fase do capitalismo, faz o sindicalismo se deparar com a fragmentação, heterogeneidade e complexidade da classe-que-vive do trabalho e, em razão da supremacia do setor de serviços, as categorias profissionais também se fragmentam como efeito da multiplicidade de empresas que caracterizam esse setor.

O setor de serviços é multiforme e tentacular, sendo assim para abranger de serviços de asseio e manutenção aos serviços dos cuidados de pessoas, e até os serviços da tecnologia da informação se encontram em seu espaço. Diferentes entre si, os trabalhadores recebem, contudo, um mesmo rótulo em comum, sob o qual se tornam uma massa sem sentido. Assim, formam-se os sindicatos de empresas prestadoras de serviços e sindicatos de trabalhadores nessas empresas, segundo uma falsa regra de paralelismo. Os empregados das empresas prestadoras de serviços recebem uma denominação que torna inexpressiva e apaga a perspectiva de categoria; eles são simplesmente os terceirizados. Nada os identifica como uma categoria profissional, pois nada há em comum entre quem executa serviços de limpeza e quem realiza serviços de computação. Assim, se estabelece a ênfase sobre a natureza do vínculo, em vez do conteúdo da ocupação, como tradicionalmente ocorreu.

A observação de Castel<sup>330</sup>, ao apontar a consciência, pelo trabalhador, de um déficit, dentro da fábrica e fora dela, de uma situação de dependência nos locais de trabalho e uma posição socialmente desvalorizada se aplica nessa nova fase de forma muito aguda.

Para Antunes<sup>331</sup>, é fundamental reverter a tendência do sindicalismo de empresa e de parceria. A empresa fordista era verticalizada e o sindicalismo também era verticalizado, mas, na empresa toyotista e horizontalizada, os desafios de classe do capitalismo contemporâneo exigem um sindicalismo também horizontalizado e mais classista, que vá além da categoria profissional e incorpore o vasto conjunto de trabalhadores, desde os estáveis até os precários e terceirizados, na economia formal ou no desemprego. Ante a dualização entre trabalhadores estáveis e precários e a acentuação da precarização à medida que o trabalho se desenvolve

---

<sup>330</sup> CASTEL, Robert. *As metamorfoses da questão social. Uma crônica do salário*. 2. ed., Petrópolis:Vozes, 1999, p. 442.

<sup>331</sup> ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho. Ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho*. 2 ed., São Paulo: Boitempo, 2009, pp.241-242.

mais distante da empresa principal, o resgate do sentido de pertencimento de classe é, hoje, um desafio premente.

Na atual sociedade do trabalho, os novos fenômenos e valores culturais da sociedade pós-industrial inserida na globalização interferem e infirmam a tradicional concepção do sindicalismo, seja porque a dicotomia empregados e empregadores que deu origem aos sindicatos está esfacelada pelo surgimento dos desempregados, não-empregáveis, além de terceirizados, autônomos e informais, seja porque se deu o predomínio do setor de serviços, o que torna multifárias e fragmentadas as categorias profissionais e ainda porque o trabalho formal não é mais apenas o trabalho subordinado, via da relação de emprego<sup>332</sup>. Os sindicatos gerais, por ramo de atividade, no âmbito de emprego privado e no setor público, baseados na oposição trabalhadores e empregadores, enfrentam uma pulverização dos seus integrantes, com o arrolamento dos não empregáveis, dos desempregados de longa duração, dos trabalhadores redundantes que se somam aos terceirizados, temporários, autônomos, informais. A atual classe trabalhadora traz em si a complexidade da sociedade pós-moderna, expressa em segmentos diferenciados, cortes e rupturas, e justaposição de situações, como estáveis e terceirizados, mas também, mulheres, jovens, idosos, portadores de deficiência. São as categorias de trabalhadores, em número crescente, nas quais se articulam situações específicas de suas condições humanas para além do trabalho.

A fragmentação do trabalho e dos trabalhadores tem como consequência também a fragilização dos sindicatos. Ela investe sobre as convenções e acordos coletivos de trabalho, e os destrói, uma vez que a abrangência deles opera sobre menor número de trabalhadores e mais reduzidos são os interesses representados.

O fenômeno da terceirização, nesse contexto, tem um acento peculiar, dado pelos arranjos contratuais criados com a junção de contratos de natureza e fundamentos distintos. Na terceirização, os indivíduos são celebrantes de contrato de trabalho, a reboque de um contrato civil, que foi celebrado entre empresas. Quando ocorre a “pejotização”, esse contrato parece também firmar-se entre empresas, uma delas a empresa individual de responsabilidade limitada, que mais não é do que a empresa de uma só pessoa, e, por meio dele, há o pleno retorno do contrato civil dentro de uma relação de trabalho. Isso deixa margem à individualização dos contratos de trabalho e ao desaparecimento da solidariedade entre os trabalhadores.

---

<sup>332</sup> ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. *Direito do Trabalho e Pós-Modernidade. Fundamentos para uma teoria geral*. São Paulo: LTr., 2005, pp. 92-94.

As formas modernas de trabalho tiram do trabalhador a legibilidade de sua situação, que ocorria quanto aos operários, no fordismo; ali, a consciência do papel subordinado e uma afirmação de dignidade forjaram a consciência de classe coletiva. “Sentir-se dependente constitui o motor da luta para se reapropriar da dignidade social do trabalho alienado pela organização capitalista da produção”<sup>333</sup>.

Conforme Siqueira Neto, o nível de garantias trabalhistas e a composição do mercado de trabalho são, no Brasil, um elemento refrator da contratação coletiva, pois o número de trabalhadores desprovidos dos direitos trabalhistas gerais, embora integrantes do mercado de trabalho, é crescente na experiência brasileira, assim como o de trabalhadores que não têm as garantias trabalhistas em sua totalidade. A natureza precária ou informal desses vínculos reduz consideravelmente o papel da contratação coletiva.

A atuação temporária, por meio de empresa de trabalho temporário a quem o trabalhador se vincula, ou por meio de empresa terceirizada, sempre em favor de uma empresa tomadora desse serviço tem como consequência a não implementação, para esses trabalhadores, dos direitos decorrentes das Convenções ou Acordos Coletivos de Trabalho. Nessa contratação, há a desqualificação do vínculo empregatício, pela forma da contratação de mão de obra de terceiro, ou temporária e um reflexo ainda que indireto sobre a contratação coletiva, pela redução do âmbito de aplicação da norma coletiva<sup>334</sup>.

Nesse contexto, Andrade propõe nova concepção para os sindicatos em que, consideradas a multiplicidade de contratos, as modalidades de trabalho desregulamentado e novas formas de trabalho, se dê sua reestruturação organizacional com abrangência a outras categorias<sup>335</sup>. Trata-se de uma visão que vai ao encontro da noção sustentada por alguns autores de perda da centralidade do trabalho, na sociedade pós-industrial. Ao se alargar o âmbito do sindicalismo para abranger as categorias surgidas das novas formas de trabalho, além do assalariado e subordinado, retira-se sua especificidade para o confronto permanente que se dá entre os que têm os meios de produção e os que têm o seu trabalho.

Outra forma de ver a questão tem como ponto de partida o enfraquecimento do sindicalismo por efeito do menor associativismo.

Assiste-se à dessindicalização, como a redução do número de sindicalizados entre os trabalhadores. Para tanto, concorrem a modernização tecnológica e a decorrente

---

<sup>333</sup> CASTEL, Robert. *As metamorfoses da questão social. Uma crônica do salário*. Tradução de Iraci D. Poleti. 2.ed., Petrópolis: Vozes, 1999, p. 444.

<sup>334</sup> SIQUEIRA NETO, José Francisco. *Contrato Coletivo de Trabalho. Perspectiva de rompimento com a legalidade repressiva*. São Paulo: LTr, 1991, p. 179.

<sup>335</sup> ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. *Direito do Trabalho e Pós-Modernidade. Fundamentos para uma teoria geral*. São Paulo: LTr, 2005, p. 259.

reorganização do trabalho, no interior das empresas e na exteriorização. Por meio da reestruturação, são impostas modificações ao trabalho, desde a forma de contratação até o tempo de sua execução (limitada pelo trabalho parcial) e de sua duração (limitada pelos contratos temporários) configurando novos elementos para a crise de representatividade quando os trabalhadores permanentes se deparam com as dispensas massivas, mobilidade ou alterações de postos de trabalho e redução de vantagens que os sindicatos não conseguem evitar, ou mesmo mitigar, ou o fazem à custa de concessões e perdas de direitos.

Para Boltanski e Chiapello<sup>336</sup>, esses são fatores que causam efeito na relação de forças entre empregadores e empregados de modo a favorecer as empresas e facilitar o trabalho de reestruturação do capitalismo, enfraquecendo os sindicatos por meio das formulações ideológicas da ascensão do individualismo, crise de confiança na ação política e medo do desemprego. Não menos importante é a repressão aos sindicatos que, de forma clara ou sutil, se estabelece com a perseguição aos seus dirigentes: carreiras bloqueadas, licenças negadas, direitos postergados, como táticas de intimidação.

Há, por tudo isso, uma retração da atividade sindical. Durante certo período, falou-se no sindicalismo de resultados que inaugurou uma atuação sob apregoada visão de sobrevivência e manutenção dos empregos existentes com estabelecimento de um diálogo privilegiando os interesses das empresas; adotou-se, ali, a máxima de que é melhor um trabalho precário do que nenhum trabalho. Constitui-se esta uma atitude derrotista que leva ao arrefecimento de ânimo de reivindicação e faz regredir a consciência de classe. Com a atuação voltada apenas para o passado, não são buscadas conquistas ou redefinição das conquistas havidas e ocorre a neutralização da atividade sindical com a desmobilização dos trabalhadores, enquanto ocorre, de outra parte, a saída de trabalhadores pelo desemprego, ou sua mobilidade de uma categoria para outra, menor e menos articulada.

A fragmentação da classe trabalhadora, em contratos precários, por prazo determinado, a tempo parcial, em subcontratação causa desorientação para uma ação coletiva. É nessa perspectiva que Barroso<sup>337</sup> aponta a precarização dos mecanismos de agregação solidária dos trabalhadores, dentro e fora da empresa, como decorrência da instabilidade e das jornadas diferenciadas, desfazendo-se a solidariedade de classe, e causando o enfraquecimento do poder de reivindicação dos sindicatos. A narrativa de Jorge Luiz Souto Maior<sup>338</sup> sobre o

---

<sup>336</sup> BOLTANSKI, Luc. CHIAPELLO, Ève. *O novo espírito do capitalismo*. Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2009, pp. 287-293.

<sup>337</sup> BARROSO, Fábio Tulio. *Direito Flexível do Trabalho. Abordagens críticas*. Recife: Universitária da UFPE, 2009, pp.54-55.

<sup>338</sup> SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Carta aberta aos 'terceirizados' e à comunidade jurídica*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região, vol. 44, n. 86, jan/jun/2011, p.143.



procedimento de mera substituição da empresa terceirizada (empresa União), pela USP, quando os trabalhadores terceirizados paralisaram suas atividades para pressionar pelo pagamento dos salários evidencia a inexistência de solidariedade e a exacerbação da coisificação do trabalho no tratamento desses trabalhadores.

Há uma situação de impasse ou de crise para o sindicalismo nascido com as sociedades industriais, causada pelas transformações econômicas e sociais. Monereo Perez <sup>339</sup> refuta que se trate de uma fase pós conflitual ou pós-sindical, apesar de a ocorrência dos conflitos decorrentes do desemprego massivo, das formas de trabalho precário e atípico e da terceirização levar a uma reforma do modo da atividade sindical e à adoção, na negociação coletiva de uma atitude defensiva e cooperativa em relação à contraparte. A flexibilização dificulta a capacidade de organização dos trabalhadores, enquanto a precarização agudiza a vulnerabilidade de sua situação, mas, por outro lado, serve ao fortalecimento do poder empresarial. Essa é a dificuldade mais visível e imediata a ser enfrentada e superada pelos sindicatos.

O sindicalismo de resultados e o direito flexível do trabalho formulam uma tendência de negação do conflito de interesses entre empregados e empregadores, em que as entidades sindicais participam da formulação de políticas trabalhistas nos moldes ditados pelo poder público, e segundo normas promocionais. É intensificado o papel da negociação coletiva, mas no sentido de tornar as entidades sindicais partícipes de procedimentos, os quais resultam em uma adesão à fragilização, redução ou perda de direitos sociais. Esse é o conteúdo da fundamentada crítica que Barroso <sup>340</sup> faz ao reconhecimento formal das Centrais Sindicais, antes existentes como associações civis de âmbito territorial restrito, uma vez que por meio de sua incorporação ao sistema, elas passam a ser a confirmação do sindicalismo compositivo. Desse modo, as entidades sindicais convergem para o modelo do neocorporativismo e se instaura a utilização dos coletivos profissionais para legitimar a vontade do Estado <sup>341</sup>. Pela atribuição às Centrais Sindicais de papel de coordenação da representação dos trabalhadores <sup>342</sup>, lhes é dada uma função política tendente a uma homogeneização ideológica que favorece a nova forma das relações de produção.

Esse modelo sindical se coloca em descompasso com a finalidade expressa no art. 7º,

---

<sup>339</sup> MONEREO PÉREZ, Jose Luis. *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho flexible del Trabajo*. Valencia. Tirant lo blanch. 1996, p.215.

<sup>340</sup> BARROSO, Fábio Tulio. *Direito Flexível do Trabalho. Abordagens críticas*. Recife: Universitária da UFPE. 2009, p.84.

<sup>341</sup> BARROSO, Fábio Tulio. *Manual de Direito Coletivo do Trabalho*. São Paulo: LTr. 2010, p.133.

<sup>342</sup> Lei nº 11.648/2008 – Art. 1º - A central sindical, entidade de representação geral dos trabalhadores, constituída em âmbito nacional, terá as seguintes atribuições e prerrogativas: I – coordenar a representação dos trabalhadores por meio da organização organizações sindicais a ela filiadas;”

CR/88<sup>343</sup>, de promoção da melhoria das condições sociais dos trabalhadores. Sendo atribuição do sindicato, conforme o art. 8º, III, CR/88<sup>344</sup>, a defesa dos interesses coletivos da categoria, incumbe-lhe promover o fortalecimento dos trabalhadores. Em verdade, a inclusão das Centrais Sindicais na estrutura sindical nos moldes em que realizada pela legislação brasileira, tem acentos de redivivo enquadramento sindical e de controle, o que inibe o exercício por elas de uma contraposição ao movimento do capital globalizado. A mundialização avulta como um movimento restrito ao capital, sem ser enfrentado pelo sindicalismo, que não atinge a mesma dimensão, ficando o papel de uniformizar a proposta de proteção social, entregue à Organização Internacional do Trabalho.

Para o fortalecimento dos direitos sociais e defesa do trabalhador, o sindicalismo deve dar conta de perigos como o da exclusão dos interesses dos sujeitos que não estão representados nos sindicatos, como desempregados, trabalhadores atípicos ou informais<sup>345</sup>, o que importa discutir a terceirização e seus rumos, uma vez que a ampliação dela, para a cada dia abranger novas funções, colocando-as no regime de precariedade, enfraquece a coesão social, além de fragilizar as conquistas sociais com sua negação. Basta observar as leis que surgem para estabelecer casos de terceirização, como as já mencionadas Leis nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 e nº 9.472, de 16 de julho de 1997, que, em nenhum momento, estabeleceram regras de proteção social desses trabalhadores.

O modelo de produção toyotista, com a terceirização, é um dos fatores para a redução da consciência de classe, a destruição ou enfraquecimento do conceito de categoria profissional e do sindicalismo. O modelo fordista se destinava à fábrica intensiva, com numerosos trabalhadores, executando tarefas específicas e reunidos em um mesmo espaço, o que caracterizava os sindicatos pelos diferentes produtos e tarefa, cuja legibilidade era simples. Como o modelo fordista-taylorista não foi desativado e superados pelos novos modelos de trabalhadores flexíveis e precários, a estruturação sindical não tem elementos precisos para a caracterização de categorias profissionais e sofre abalo em sua identidade. Não houve o surgimento de nova categoria profissional, quanto aos trabalhadores em empresas prestadoras de serviços, pela natureza fluida e sem caracterização precisa de profissão, com sua diversidade, mas uma articulação com diversas tarefas, atividades e empresas. Sendo tratada como nova categoria profissional, a prestação de serviços e

---

<sup>343</sup> CR/88. Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social.

<sup>344</sup> CR/88. Art. 8º. III- ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas.

<sup>345</sup> BARROSO, Fábio Tullio. *Neocorporativismo e Concertação Social. Análise político-jurídica das atuais relações coletivas de trabalho no Brasil*. Recife: Universitária da UFPE, 2010, p.64.

terceirização resulta menos organizada do que as anteriores e seus membros ficam à margem da organização sindical e da possibilidade de enfrentamento de sua situação frente às empresas. Demais disso, há situações limítrofes, como a dos trabalhadores de falsas cooperativas, cuja contratação à margem das obrigações trabalhistas entre as quais a da anotação da CTPS, inibe sua adesão a sindicatos para a discussão de sua situação; situações dessa natureza, ao serem definidas e regularmente enquadradas nos moldes da contratação trabalhista, em decisões da Justiça do Trabalho, não possibilitam o resgate do direito associativo. Estranhamente, retornam procedimentos datados da primeira fase do capitalismo e da Revolução Industrial<sup>346</sup>.

O fortalecimento dos sindicatos passa pela ativação das possibilidades da celebração, por eles, de contratos coletivos em que as regras estabelecidas sejam abrangentes de todos os trabalhadores, incluídos os terceirizados, e estabeleçam previsões específicas sobre essa forma de trabalho. Ademais, nas novas relações que se formam e se reconhecem na sociedade, o sindicalismo pode se desenvolver no rumo de uma atuação no estabelecimento do contrato civil entre empresas. Dessa forma, concebe-se o alargamento da atuação do sindicato, para ser terceiro interveniente, e proteger o trabalho e as conquistas sociais, afirmando regras aplicáveis às relações terceirizadas<sup>347</sup>.

## **6.5 As consequências da terceirização no contrato de trabalho e na capacidade organizativa do trabalhador**

### **6.5.1 O contrato de trabalho e a associação sindical**

Os conflitos de classe que levaram à formulação histórica do Direito do Trabalho inserido no Direito burguês atribuíram-lhe a função de equilibrar o jogo das forças em oposição e o caráter de política defensiva do capitalismo liberal<sup>348</sup>. Com o associativismo

---

<sup>346</sup> Na Inglaterra, e no continente, a proteção social resultou em ruptura do mercado com a força de trabalho, com extrema instabilidade de vencimentos para o trabalhador, ausência de padrões profissionais e “a facilidade abjeta de ser impelido e empurrado indiscriminadamente, uma completa dependência às fantasias do mercado”. Alegou-se que se os trabalhadores reduzissem suas exigências e mudassem suas localizações e ocupações de acordo com os requisitos do mercado de trabalho, eles poderiam eventualmente encontrar trabalho. Tratava-se de sistema baseado no postulado do caráter de mercadoria do trabalho. “Não cabe à mercadoria decidir onde será oferecida à venda, para que finalidade será usada, a que preço ser-lhe é permitido trocar de mãos e de que maneira ela deve ser consumida ou destruída.” POLANYI, Karl. *A grande transformação. As origens de nossa época*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, pp. 212-213.

<sup>347</sup> Uma corrente de pensamento indica a conveniência de os sindicatos atuarem para outros segmentos da sociedade, incorporando os novos movimentos sociais. “Enquanto os sindicatos tradicionais defendem os interesses econômicos de uma categoria limitada de trabalhadores, precisamos hoje criar organizações trabalhistas que possam representar toda a rede de singularidades que produzem a riqueza social de forma colaborativa.” HARDT, Michael; NEGRI, Antônio. *Multidão. Guerra e democracia na era do Império*. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2005, p. 185.

<sup>348</sup> MONEREO PÉREZ, Jose Luis. *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho flexible del Trabajo*. Valencia: Tirant lo blanch, 1996, p.19.

nascido do sentimento de solidariedade e consciência de classe, o proletariado descobriu o poder da ação coletiva perante o Estado ou o empregador, fazendo surgir o sujeito coletivo<sup>349</sup> como o interlocutor capaz de ombrear o poder econômico.

As duras condições de trabalho e de vida dos trabalhadores os fizeram encontrar na associação sindical o meio de fazer ressoar suas reivindicações, cuja intensidade alertou o Estado Liberal contra a iniquidade das relações laborais entregues ao livre ajuste entre as partes. Isto o levou a adotar, como estratégia, a implementação de alguns direitos sociais, distanciando-se dos parâmetros do contrato delineado sob a hegemonia do Direito Civil clássico<sup>350</sup>.

Castel<sup>351</sup> ressalta que o século XVIII configurou uma sociedade sobre a base contratual de exigência da atuação do indivíduo autônomo, e de uma estrutura composta exclusivamente pelos dois contratantes, sem nenhuma referência a um coletivo e às proteções sociais. Isto causou a destruição dos pertencimentos coletivos e a dessocialização. Todavia, a iníqua situação a que, em decorrência, foram levadas as populações que dependiam de um contrato de trabalho fez emergir a necessidade de conquista de um valor a ser acrescentado à estrutura contratual, para que as condições contratuais e sua limitação fossem superadas e se formasse um *status* profissional de dimensão pública e coletiva, com direitos e solidariedades a partir da realização de tarefas em comum.

Na questão social dos séculos XVIII e XIX, os baixíssimos salários e extensas jornadas de trabalho deram lugar aos conflitos sociais, e com ela Proscurcin<sup>352</sup> aponta semelhança na atual situação de exclusão social.

O Direito do Trabalho se formou como um Direito do capitalismo interventivo, o que não oculta uma ambivalência: na norma laboral há o compromisso de um certo equilíbrio entre as exigências antagônicas que decorrem da oposição entre os interesses dos empregadores e dos trabalhadores. Na análise da paralela evolução do movimento trabalhista e da legislação laboral, pode-se constatar como os conflitos de classe determinaram contraditoriamente a formação histórica do Direito do Trabalho inserido no Direito

---

<sup>349</sup> NEVES DELGADO, Gabriela. *Terceirização. Paradoxo do Direito do Trabalho Contemporâneo*. São Paulo: LTr., 2003, p. 42.

<sup>350</sup> NEVES DELGADO, Gabriela. *Terceirização. Paradoxo do Direito do Trabalho Contemporâneo*. São Paulo: LTr., 2003, p. 43.

<sup>351</sup> CASTEL, Robert. *As metamorfoses da questão social. Uma crônica do salário*. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 1999, pp. 598-601.

<sup>352</sup> PROSCURCIN, Pedro. Do contrato de trabalho ao contrato de atividade. São Paulo: LTr., Outubro, 2003, p. 168: “Qual foi a solução para as duas mencionadas questões sociais? No primeiro caso, os marginalizados se aliaram à burguesia, fizeram a Revolução Francesa e derrubaram a monarquia. No segundo caso, após revoltas e ideologias revolucionárias, o liberalismo entrou em decadência e o Estado interveio com medidas regulatórias nos campos trabalhista e previdenciário, que deram origem à proteção dos economicamente mais fracos, consubstanciadas no já referido princípio protetor e no subsistema de leis que estruturam o Direito do Trabalho.”

burguês<sup>353</sup>. Essa situação se fortaleceu ao tempo do modelo de produção fordista, representado pela grande fábrica, em que se aglomeravam contingentes de trabalhadores em um convívio que propiciava a percepção de suas condições, suas fragilidades e necessidades.

A nova feição das relações trabalhistas, em que se inclui a terceirização introduz um formato vinculativo que reduz os direitos sociais e restitui à cena do trabalho os antigos contratos de empreitada, reavivando o marchandage. Os trabalhadores são dispersados, retirando-se-lhes os pontos de orientação social. Ocorre, além disso, com a terceirização, o distanciamento e a diferenciação entre os trabalhadores. O local de trabalho não tem mais o significado da antiga fábrica, pois, no mesmo ambiente, uns são empregados da empresa, mas outros são terceirizados, empregados de outrem o que opera uma dissociação entre o seu trabalho e a sua empregadora. O alheamento entre o produto do trabalho e o trabalhador se intensifica; se antes ele decorria da inexistência de proveito e apreensão do produto de suas mãos, agora, ele se aprofunda pelo desenvolvimento do seu trabalho em ambiente que o trabalhador conhece mas não lhe diz respeito, enquanto o ambiente de trabalho da sua empregadora lhe é desconhecido. Força de trabalho invisível, a mercantilização do trabalho desagrega a capacidade organizativa dos trabalhadores e reduz o poder de valorização da atividade profissional<sup>354</sup>.

Há o estilhaçamento do contrato de trabalho em pedaços de contrato sem garantias e direitos sociais trabalhistas, enquanto se esgarçam os mecanismos de solidariedade entre os trabalhadores. Esta situação é mais evidenciada e robustecida na sociedade atual, marcada pelo individualismo e pela diluição dos laços da comunidade e dos grupos sociais.

Já assinala Barroso<sup>355</sup> a precarização dos mecanismos de agregação solidária dos trabalhadores, dentro e fora da empresa; a instabilidade e as jornadas diferenciadas concorrem para a criação de um ambiente de confrontação interna da classe obreira, o que supõe uma exteriorização dos conflitos existentes entre as classes que formam o tecido produtivo social.

### **6.5.2 Os reflexos da terceirização sobre o contrato de trabalho**

O novo modelo de relações de produção rompe a estrutura clássica do contrato de trabalho, ao promover o descentramento do trabalhador e causar a perda de empregos e

<sup>353</sup> MONEREO PÉREZ, Jose Luis. *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho flexible del Trabajo*. Valencia: Tirant lo blanch, 1996, p.35.

<sup>354</sup> BARROSO, Fabio Tulio. *Novo Contrato de trabalho por prazo determinado. Flexibilização laboral e Internacionalização das Relações de Trabalho*. Curitiba: Juruá. 2005, p. 64.

<sup>355</sup> BARROSO, Fábio Tulio. *Direito Flexível do Trabalho. Abordagens Críticas*. Recife: Universitária da UFPE, 2009, p.54.

projetos de vida. Há perda de nitidez do trabalho, ao se tornar variável em diferentes formas de contrato, nas quais a terceirização estabelece mais uma forma de emprego precário em que as garantias trabalhistas são negadas. Dessa forma, são retirados dos trabalhadores seus pontos de orientação e negada sua dignidade, sua auto-estima e o sentimento de ser útil e ter um lugar próprio<sup>356</sup>. Essas pessoas se tornam descartáveis ou redundantes e passam a ser invisíveis, inimagináveis, por não serem objeto de pensamentos ou cuidados<sup>357</sup>.

Expressivo depoimento sobre a situação dos terceirizados, mediante as histórias de vida por eles narradas, foi dado por Jorge Luiz Souto Maior<sup>358</sup>, focalizando a realidade vivenciada na Universidade de São Paulo, em abril de 2011, pelos trabalhadores terceirizados contratados pela empresa União e despedidos sem pagamento de verbas rescisórias e com atraso de salários. Esses trabalhadores diziam de seu desespero e inconformismo com a situação, pois lhes era exigido, com rigor, o cumprimento de suas tarefas, ao que atendiam, mas sofriam a supressão de direitos, como férias e horas extras; destacadamente, narra a situação de uma trabalhadora invisível, que, após anos de trabalho no mesmo local, não tinha com a tomadora de serviços nenhum vínculo, nenhuma solidariedade<sup>359</sup>.

A esses trabalhadores opacos falta um lugar próprio no mundo das relações laborais flexíveis, e a diversidade dos contratos de trabalho que lhes é proposta intensifica a desigualdade de sua situação. Ela ocorre não apenas no plano individual em face ao empregador, mas também quanto à natureza do contrato, pela diferença entre permanentes e terceirizados e à espécie contratual, até entre os próprios terceirizados, cujos vínculos ocorrem sob diversas modalidades. Dessa desigualdade, surgem perdas salariais gritantes, pois o mesmo trabalho é remunerado de forma distinta e com valores inferiores para os terceirizados. Outras exclusões operam em detrimento deles, a exemplo das vantagens de uma categoria

---

<sup>356</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Vidas desperdiçadas*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005, p.22.

<sup>357</sup> Idem. p.38.

<sup>358</sup> Professor Livre-Docente de Direito do Trabalho, da Faculdade de Direito da USP, juiz do trabalho titular da 3a. Vara do Trabalho de Jundiaí e membro da Associação Juízes para a Democracia.

<sup>359</sup> “Esta trabalhadora (a sra. Moura) estava atuando na USP, na condição de faxineira, há 17 (dezesete) anos, tendo passado por diversas empresas de prestação de serviços. Ela não se via, por óbvio, como empregada da empresa de prestação de serviços, que era plenamente transitória em sua relação com a USP e cujos proprietários sequer conhecia. O seu vínculo era com a Universidade, a qual conhece como poucos, conforme os relatos que me fez... Passei a perceber, então, que este era um sentimento comum. Em geral, eles consideravam que faziam parte da Universidade, com a peculiaridade marcante de que não se vinculavam a uma unidade específica, conhecendo a dinâmica de várias delas. Claro, a visão deles era periférica, já que não tinham, em quaisquer das unidades, uma reciprocidade. Em concreto, os servidores, professores e alunos dos vários locais onde trabalhavam não lhes conheciam. Seu contrato era restrito com os responsáveis pelo serviços de limpeza.” Souto Maior, Jorge Luiz. *Carta aberta aos ‘terceirizados’ e à comunidade jurídica*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região, vol. 44, n. 86, jan/jun/2011, p.145.

como a dos bancários, cuja duração da jornada é menor, que são negadas aos terceirizados que trabalham em bancos, pois sua empregadora integra outro segmento de atividade.

São devastadores os reflexos da terceirização no contrato individual de trabalho, do terceirizado de quem é retirada a proteção social. O enraizamento na empresa é a fonte de vários direitos sociais, como férias, gratificação natalina, promoção dentro de um quadro de carreira, que são obtidos ou ampliados com base na duração do contrato.

Ocorre, assim, a exclusão social do trabalhador terceirizado, a quem, sob invocação de formas contratuais entre empresas, é negado um tratamento igual ao dos trabalhadores de sua mesma ocupação. De outra feita, a garantia da isonomia se torna frágil, quando, para o empregado terceirizado, a ausência de um local específico de trabalho pode ser confrontada pela determinação da empregadora e prestadora de serviços, de que seu trabalho passe a se realizar em outro lugar, com o que se altera sua situação e a igualdade conquistada. O ofuscamento dos direitos sociais no contrato individual é o reflexo mais forte da terceirização.

### **6.5.3 Os efeitos da terceirização na capacidade organizativa profissional**

Com a terceirização é constituída por uma força de trabalho invisível, desagrega-se a capacidade organizativa dos trabalhadores e se reduz o poder de valorização da atividade profissional<sup>360</sup>. A precarização do contrato de trabalho e de direitos trabalhistas esgarça os mecanismos de solidariedade entre os trabalhadores. Esta situação é tanto mais evidenciada e robustecida na sociedade atual, marcada pelo individualismo e pela diluição dos laços da comunidade e dos grupos sociais.

Nesse contexto, a pretensão dos empregados se rarefaz e sua voz é um som que se perde ao longe, no ambiente de uma empresa que lhes é alheia, embora receba o produto do trabalho. Apesar do distanciamento, a condição de trabalho e o emprego dos terceirizados está, no entanto, mais frequentemente vinculada à situação da empresa terceirizada<sup>361</sup> do que à terceirizante.

Para esses trabalhadores, a instabilidade do vínculo e as jornadas diferenciadas dificultam o contacto social e funcionam como fatores de dissuasão da solidariedade de

<sup>360</sup> BARROSO, Fabio Tulio. *Novo Contrato de trabalho por prazo determinado. Flexibilização laboral e Internacionalização das Relações de Trabalho*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 64.

<sup>361</sup> “Mais le problème principal consiste à organiser la relation triangulaire entre l’entreprise utilisatrice, l’entreprise sous-traitante et les salariés de cette dernière. En principe, dans la sous-traitance licite, il n’existe pas de lien de droit entre une entreprise et les salariés de ses sous-traitants. Et cependant, le sort du salarié peut dépendre davantage des décisions prises par cette entreprise donneur d’ordre que par son employeur.” SUPIOT, Alain. *Au delà de l’emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*. Paris: Flammarion, 1999, p. 49.

classe, que antes existira, no ambiente de fábrica do modelo fordista, em meio à concentração dos trabalhadores. Ademais disso, introduz-se na relação com os membros da classe uma disputa silenciosa em que, mais do que garantir as melhorias das condições de trabalho e ganhos econômicos, é buscada a manutenção dos empregos<sup>362</sup> e a maior aspiração do trabalhador se torna sua absorção na tomadora de seus serviços. A preocupação mais eminente é a do instante, nessa compressão do tempo em que a modernidade tardia instalou a vida.

Por força de suas características básicas, na quais se destaca a dispersão territorial, a terceirização dificulta a capacidade de organização dos trabalhadores. Ao mesmo tempo, ela se retroalimenta com a decorrente vulnerabilidade do terceirizado, cuja representatividade sindical é controvertida; falta-lhe uma coesão consistente o bastante para uma sindicalização própria expressiva enquanto, de outra parte, flui o entendimento contrário à possibilidade da representação pelo Sindicato profissional correspondente à empresa em que trabalham<sup>363</sup>. É necessária a formação de uma consciência de classe e, em razão dela, a formação de sindicatos obreiros, para que se devolva o sentimento de poder de interferência nas relações de trabalho obtendo no movimento sindical e na luta coletiva o reconhecimento de sua dignidade de trabalhadores.

## **6.6 Os direitos trabalhistas na terceirização e as normas autônomas e heterônomas**

### **6.6.1 As normas autônomas**

Os trabalhadores, ao se organizarem, ainda que o fizessem inicialmente ao largo da lei, como a conhecida Lei Le Chapelier que impedira coalisões e associações dos trabalhadores, procuraram estabelecer normas que regulamentassem a sua atividade diminuindo a exploração a que estavam submetidos.

Soares Filho<sup>364</sup> assinala que a constituição de grupos organizados, reconhecidos pela ordem jurídica e por ela legitimados para a defesa dos interesses da coletividade de trabalhadores marcou um fenômeno de grande importância social, que teve como foco a exigência dos trabalhadores de ajustar com os patrões para além do que as leis trabalhistas asseguravam.

---

<sup>362</sup> BARROSO, Fabio Tulio. *Direito Flexível do Trabalho. Abordagens Críticas*. Recife: Universitária da UFPE, 2009, pp. 54-55.

<sup>363</sup> Notícias do Tribunal Superior do Trabalho – 17/10/2011. Sindiminas não tem legitimidade para representar terceirizados da Vale. Disponível em [http://ext02.tst.jus.br/pls/no01/NO\\_NOTICIASNOVO](http://ext02.tst.jus.br/pls/no01/NO_NOTICIASNOVO). Acesso em 20-10-2011, 18:51 h.

<sup>364</sup> SOARES FILHO, José. *Elementos de Direito Coletivo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2011, p. 67.



A dimensão coletiva, que fez a relação contratual passar da dimensão de contrato à de estatuto de assalariado, segundo a visão institucionalista, ultrapassa a relação direta empregado e empregador e formula a definição objetiva de uma situação que escapa ao jogo das vontades individuais<sup>365</sup>. A adoção da teoria contratual não infirma essa premissa, na medida em que é necessário observar os efeitos da coletivização dos interesses na composição sindical, de forma a que não se veja apenas uma justaposição individualista, mas a formação de um interesse comum, que diz respeito à experiência partilhada e comum da mesma forma de trabalho.

A terceirização, diferentemente do trabalho temporário que apenas constitui uma das modalidades, é uma situação que não está normatizada no ordenamento jurídico brasileiro, e assim converge para a precarização das relações laborais e para a adoção da tese de desregulação trabalhista. Como a CLT não abarca as novas situações e os novos contratos, pois suas regras se destinam apenas aos trabalhadores permanentes, ficam à parte os trabalhadores terceirizados e suas peculiaridades. Demais disso, tem-se o contraste entre o trabalho temporário que foi regulado e constitui uma das primeiras expressões de flexibilização, pois remonta a 1974, enquanto o trabalho terceirizado hoje é exercido por vasto contingente de trabalhadores sem que dele se ocupe a legislação. Da regulamentação do trabalho temporário, com a inclusão da empresa de trabalho temporário no plano de enquadramento sindical<sup>366</sup>, à época regular e válido, pode-se extrair uma diretriz para a inclusão no sistema trabalhista dessa forma engendrada na ciência administrativa.

De outra parte, e significativamente em um procedimento reflexivo, a terceirização pode se voltar para si própria e estabelecer sua compreensão e regulação. Em razão disso, toma-se a possibilidade de o tratamento jurídico-trabalhista dos terceirizados ser feito por meio de normas coletivas, ou na decisão de dissídios coletivos, em que a matéria seja versada.

Retoma-se a lúcida observação de Siqueira Neto<sup>367</sup> de que a ação coletiva condiciona e fornece parâmetros para o Direito do Trabalho, uma vez que ele tem um natural retardamento diante de situações socialmente significativas, as quais são percebidas e vivenciadas pelas categorias profissionais vindo a ser por elas tratadas na negociação

---

<sup>365</sup> CASTEL, Robert. *As metamorfoses da questão social. Uma crônica do salário*. 2. ed., Petrópolis: Vozes, 1999, pp. 434-435.

<sup>366</sup> Lei nº 6019, de 3 de janeiro de 1974. Art. 3º - É reconhecida a atividade da empresa de trabalho temporário que passa a integrar o plano básico do enquadramento sindical a que se refere o art. 577, da Consolidação das Leis do Trabalho.

<sup>367</sup> SIQUEIRA NETO, José Francisco. *Contrato coletivo de Trabalho. Perspectiva de rompimento com a legalidade repressiva*. São Paulo: LTr, 1991, p. 71.

coletiva, para somente após algum tempo serem absorvidas e normatizadas pelo Estado para os trabalhadores. Há, nisto, um caminho que vai do Direito Coletivo ao Direito Individual, ou, na terminologia escolhida por esse autor, do Direito Sindical ao Direito do Trabalho.

Na Recomendação 198, de 2006, a Organização Internacional do Trabalho, ao tratar da determinação da existência de uma relação de trabalho, quando mecanismos contratuais são utilizados para desvirtuá-la ou estabelecer um vínculo oculto, afirma que, no marco da política nacional a ser adotada, deve constar a possibilidade de determinar, mediante prévia consulta às organizações mais representativas de empregadores e trabalhadores, quais trabalhadores com certas características devem ser considerados, em geral ou em setor determinado, como empregados ou autônomos, devendo os Estados promover a negociação coletiva e do diálogo social como meios para a formulação de soluções a essas questões.

Monereo Perez<sup>368</sup> acentua que as relações de poder jurídico, no âmbito laboral, são presididas pela intervenção estatal, e pelo protagonismo dos sujeitos coletivos desdobrado na representação sindical de interesses frente ao Estado, o que configura a tendência neocorporativa, em um hibridismo jurídico político em que o direito é resultado de acordo entre o Estado e os interlocutores sociais.

Na compressão entre a desregulação estatal e a atividade sindical, a terceirização no Brasil segue à margem de definição dos direitos trabalhistas para os respectivos trabalhadores.

A inexistência de normas legais sobre a especificidade da situação do trabalhador terceirizado torna o espaço preconizado pela liberdade sindical predisposto ao preenchimento pela autonomia e negociação coletiva. Para Soares Filho<sup>369</sup>, a negociação, que se converte em normas coletivas mediante as convenções ou acordos coletivos, oferece vantagens e possibilita a conquista de melhores condições de vida e de trabalho, porque atende às peculiaridades de cada setor econômico e profissional e é operada pelos atores sociais e conhecedores da realidade das condições de trabalho da categoria, e tem em seu favor a simplicidade e brevidade das disposições além de contar com o fator psicológico da adesão dos seus interessados, ao protagonizarem o ajuste, o que infunde uma equivalência do poder de barganha que propicia a realização da justiça social.

As normas autônomas coletivas se formam na concretização do sentido de coletividade, que é dado pela atuação do sindicato em defesa dos interesses da categoria, em conformidade ao caráter grupal do sujeito. Reconhecidas na Constituição da República, cujos

---

<sup>368</sup> MONEREO PÉREZ, Jose Luiz. *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho flexible del Trabajo*. Valencia: Tirant lo blanch. 1996, p.65.

<sup>369</sup> SOARES FILHO, José. *Elementos de Direito Coletivo do Trabalho*. São Paulo:LTTr, 2011, p. 112.

arts. 7º, XXXVI e 8º, VI, assinalam sua existência e a participação dos sindicatos na sua elaboração mediante a negociação coletiva, as convenções e acordos coletivos têm por finalidade assegurar melhores condições de trabalho e, por conseguinte, melhorar a condição social do trabalhador<sup>370</sup>. Daí sobressai sua destinação ao fortalecimento do trabalhador, que, em sua individualidade, não arrosta o poder econômico do empregador.

A desregulamentação quanto ao trabalho terceirizado ensejou que o tratamento jurídico-trabalhista da situação desses trabalhadores fosse buscado por meio de normas coletivas, ou na decisão de dissídios coletivos. Contra isso, já não fora o encolhimento da atividade sindical que está voltada para a sobrevivência e manutenção dos empregos existentes, sem encetar busca por outras conquistas ou redefinição das conquistas havidas, constata-se a neutralização da atividade sindical por meio da desmobilização e saída de trabalhadores, ou sua mobilidade de uma categoria para outra, menor e menos articulada.

Nesse contexto, verifica-se, em alguns momentos, a resistência sindical à terceirização, com a elaboração e proposição de cláusulas vedantes de sua implantação nas empresas ou de cláusulas sobre a participação dos sindicatos obreiros na implantação, ou ainda, a formulação de alternativas de reconhecimento de direitos trabalhistas próprios para os trabalhadores na condição de terceirizados.

Assim, a inexistência de normas legais sobre a especificidade da situação do trabalhador terceirizado demanda das entidades sindicais, por serem investidas da capacidade de criação de normas no âmbito das categorias profissionais, a formulação de regras autônomas para superar a letargia do Estado. Em Relatório técnico do DIEESE sobre convenções e acordos coletivos de trabalho<sup>371</sup>, é apontada, em relação ao ano de 2005, a existência de cláusula sobre terceirização em cerca de 32% das convenções e acordos coletivos registrados, tendo maior ocorrência na indústria. A análise da temática abordada em normas coletivas é o que se propõe a seguir, limitando-a às convenções coletivas por terem caráter de generalidade pois ambos os lados pactuantes representam coletivos, enquanto os acordos coletivos ficam restritos ao âmbito do sindicato e de empresa específica.

## 6.6.2 Convenções coletivas

A inexistência de regulação sobre as relações de trabalho da terceirização levou a que os atores sociais procurassem preenchê-la com o exercício da autonomia sindical. Adverte

---

<sup>370</sup> BARROSO, Fabio Tulio. *Manual de Direito Coletivo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2010, p. 214.

<sup>371</sup> DIEESE. Relatório Técnico. *O processo de terceirização e seus efeitos sobre os trabalhadores no Brasil*. In [www.dieese.org.br/projetos/MTE/SAAC/METAIL/terceirizacao](http://www.dieese.org.br/projetos/MTE/SAAC/METAIL/terceirizacao). Acesso em 20-10-2011, às 21:45 h.

Siqueira Neto<sup>372</sup> que a contratação coletiva sofre de esterilização por empecilhos decorrentes da própria organização sindical, um dos quais consiste no monopólio de representação sindical, ao que se acrescenta o pequeno rol das garantias trabalhistas e a composição do mercado de trabalho, com trabalhadores que integram o mercado informal de mão de obra e um contingente de trabalhadores que, sem ser desprovido das garantias trabalhistas, não as tem na totalidade, como ocorre com os trabalhadores temporários, o que possibilita ao patronato descumprir a norma coletiva mediante a adoção dessa modalidade de contratação. É o que ocorre, também, na disciplina da terceirização por meio da contratação coletiva, a qual enfrenta ainda a problemática do efeito da indeterminação da categoria profissional, como a decorrência de a terceirização ocorrer em diferentes atividades e, por conseguinte, os terceirizados não receberem uma definição conforme à solidariedade decorrente do exercício de profissão ou trabalho em comum, que é um dado básico do conceito de categoria.

As Convenções Coletivas estampam diferenças de posicionamento e providências ante o fenômeno: quando a celebração envolve as categorias que correspondem aos trabalhadores permanentes, há a inserção de cláusulas vedando, limitando ou controlando a terceirização; quando as convenções são celebradas pelos sindicatos de trabalhadores em empresas prestadoras de serviços e correspondentes econômicos, figuram deliberações sobre o tratamento trabalhista da terceirização, com o estabelecimento de parâmetros para sua utilização e dos efeitos nos contratos de trabalho dos terceirizados. A par disso, tem-se as convenções em que a discussão sobre a terceirização fica latente, velada pela resistência à negociação do tema. É o que se demonstra com as normas coletivas a seguir examinadas.

#### **6.6.2.1 Casuística**

A convenção coletiva 2005-2006, celebrada entre Sindicato Intermunicipal dos Trabalhadores na Indústria do Ramo da Construção Civil, Pesada, Montagens, Instalações e Afins do Estado do Rio Grande do Norte - SINTRACOMP/RN e Sindicato da Indústria da Construção Civil do Estado do Rio Grande do Norte - SINDUSCOM/RN, logo de trabalhadores permanentes, contém cláusulas para restringir a terceirização com a contratação temporária e para a garantia dos créditos trabalhistas e previdenciários decorrentes dessa forma de contratação.

Na Cláusula 22<sup>a</sup> foi disposto sobre a contratação de empresa de trabalho temporário; *verbis*:

---

<sup>372</sup> SIQUEIRA NETO, José Francisco. *Contrato Coletivo de Trabalho. Perspectiva de rompimento com a legalidade repressiva*. São Paulo: LTr., 1991, p. 179.

“As empresas somente poderão contar com serviços das empresas de trabalho temporário (Lei nº 6.019/74) para atender a necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente em caso de férias, licença médica ou acidental.

Não é admitida a contratação de empresas de trabalho temporário em caso de acréscimo extraordinário de serviços.

Se o trabalhador vinculado a uma empresa de trabalho temporário prestar serviços a uma empresa contratante por prazo superior a 90 (noventa) dias, sua relação com a empresa contratante será considerada para todos os fins como contrato de trabalho indeterminado.”

Em outra Cláusula<sup>373</sup> foi tratada a contratação de empreiteiros, que é a forma clássica fundamentada no Direito Civil para a externalização de serviços, portanto uma manifestação de terceirização, e se observa a previsão de aplicação das normas da categoria quando a contratação é feita para a prestação de serviços por empresas pertencentes a outro segmento empresarial contratadas como subempreiteiras. Fica subjacente uma restrição à terceirização, como técnica redutora de custos, ao ser estabelecida a isonomia salarial para os empregados das subempreiteiras.

Diferentemente, nas Convenções Coletivas dos Bancários na última década, o tema se resume ao reconhecimento e formação de uma Comissão Paritária para discutir a terceirização, ou à manutenção dessa estipulação nos ajustes posteriores; esse é o teor na Convenção Coletiva de Trabalho 2011/2012:

“Cláusula 58ª- Comissões Paritárias. As partes ajustam entre si a manutenção da Comissão Paritária de Saúde do Trabalho e da Comissão Paritária sobre Terceirização.

Parágrafo primeiro - As partes estabelecem que, no prazo de 15 (quinze) dias, contados da data de assinatura desta Convenção Coletiva de Trabalho, fixarão calendário de reuniões trimestrais destas comissões.

Parágrafo segundo – A Comissão Paritária de Saúde no Trabalho discutirá formas de avaliação pelos empregados, dos exames e procedimentos

---

<sup>373</sup> Cláusula 26ª - “Na hipótese de contratação de locação e sublocação de mão de obra para quaisquer atividades, o contratante principal ficará solidariamente responsável pelo cumprimento das obrigações trabalhistas decorrentes, na forma do art. 455 da CLT.

Parágrafo Primeiro – As empresas subcontratadas deverão também fornecer crachás aos seus empregados, bem como, atender ao fiel cumprimento de todas as cláusulas desta convenção, desde que sejam do segmento da construção civil.

Parágrafo Segundo – Nos casos de prestação de serviços por empresas pertencentes a outro segmento empresarial contratadas como sub-empreiteiras, os empregados a elas pertencentes e que foram classificados com funções idênticas às dos empregados qualificados da construção civil, farão jus ao piso salarial estabelecido nesta Convenção.

Parágrafo Terceiro – A contratante principal deverá fazer a retenção de um percentual das faturas de pagamento dos empreiteiros e/ou sub-empreiteiros suficiente para garantia do cumprimento da legislação trabalhista e previdenciária por parte destes, em relação ao empregado contratado, exigindo-lhes a cada mês, prova de quitação dos encargos pertinentes à mão-de-obra utilizada, inclusive o seguro de vida em grupo e demais condições previstas nesta convenção. “

previstos no PCMSO. Os bancos darão conhecimento das datas e conteúdos da SIPAT aos empregados e ao sindicato.<sup>374</sup>”

Explica Chaves<sup>375</sup> que há uma descontinuidade nos processos de reestruturação do setor bancário e que os bancos tratam essa questão como um aspecto administrativo que, como tal, não é passível de negociação, inibindo o ajuste a respeito.

Quanto à convenção coletiva celebrada entre sindicatos que envolvem trabalhadores em prestadoras de serviços e os sindicatos dessas empresas, que é a segunda hipótese aventada, observam-se duas linhas de tratamento da situação de terceirizados. Em uma delas, é disciplinada a rescisão do contrato de prestação de serviços, entre as empresas e há redução de direitos trabalhistas; na outra, consta previsão de tratamento isonômico na vigência do contrato.

Na convenção coletiva 2004/2005, celebrada entre Sindicato dos Empregados em Condomínio e em Empresas Prestadoras de Serviços de Locação de Mão-de-Obra no Estado do Rio Grande do Norte - SINDCOM/RN, e o Sindicato das Empresas Prestadoras de Serviços de Locação de Mão-de-Obra do Rio Grande do Norte foi incluída cláusula denominada de incentivo à continuidade do contrato de trabalho, com o seguinte teor:

**CLÁUSULA 29ª - INCENTIVO À CONTINUIDADE DO CONTRATO DE TRABALHO**

Considerando a tipicidade da atividade de terceirização de serviços e a necessidade de prever para os trabalhadores maior segurança no emprego, e para isso incentivar as empresas efetivamente a participarem desse intento, fica pactuado que as empresas que sucederem outras na prestação do mesmo serviço, em razão de nova licitação pública ou novo contrato, contratarão todos os empregados da empresa anterior sem descontinuidade quanto ao pagamento dos salários e a prestação dos serviços. Nesse caso, a rescisão do contrato obrigará ao pagamento do percentual de 20% (vinte por cento) sobre depósitos do FGTS à título de multa e as empresas ficarão desobrigadas de pagar o Aviso Prévio, porque não se caracteriza hipótese de despedida e muito menos arbitrária ou sem justa causa. A rescisão do contrato será por acordo, por ter ocorrido culpa recíproca das partes, em relação ao rompimento do contrato de trabalho, conforme previsto no Decreto nº 99.684/90, art. 9º, § 2º. O Termo de rescisão contratual, no campo referente à forma de rescisão, constará “CL 30ª – CCT” ou na sua impossibilidade, deverá constar no ato da homologação, a expressa referência à presente cláusula.

**PARÁGRAFO PRIMEIRO** – Havendo real impossibilidade da continuação do trabalhador nos serviços, devidamente justificada perante os dois sindicatos convenentes, este trabalhador terá direito à indenização normal no percentual de 40% (quarenta por cento) sobre os depósitos de FGTS, e as demais verbas rescisórias.

<sup>374</sup> Convenção coletiva dos bancários. In: portal.mte.gov.br/data/files/FBE8080812C1DBDF2012C1DBDF06. Acesso em 11/10/2011, 16:01 h

<sup>375</sup> CHAVES, Luciano Athayde. *Trabalho, Tecnologia e Ação Sindical. A condição bancária no panorama da acumulação flexível*. São Paulo: Annablume, 2005, p. 89.

**PARÁGRAFO SEGUNDO** – Os empregados que se enquadram na hipótese prevista no caput desta cláusula terão direito a estabilidade de 03 (três) meses, na nova empresa. “

Ajuste com o mesmo perfil está na convenção 2010 celebrada entre SINTEEL-MG e o SINDICATO DAS EMPRESAS DE ASSEIO CONSERVAÇÃO DO ESTADO DE MG, cuja abrangência foi definida como atinente a todas as empresas que exploram as atividades de asseio, conservação e fornecimento de mão de obra, bem como a seus respectivos empregados, trabalhadores em telecomunicações em Minas Gerais, base territorial dos sindicatos convenientes. Ainda que a empresa não tenha como atividade preponderante a execução dos serviços mencionados, desde que os forneça a terceiros, deverá, quanto a eles, observar integralmente as disposições do instrumento normativo, notadamente aquelas referentes ao piso salarial descrito para as funções de telefonista, operador de *telemarketing*, teledigifonista, técnico em comunicações, supervisores em telefonia, teledigifonia, *telemarketing* e *call centers*, com abrangência territorial em MG. Ao tratar das relações de trabalho, foi enunciada como regra de incentivo à manutenção do emprego, com vistas à terceirização no segmento de asseio e conservação, a previsão de que as empresas que tiverem rescindido o contrato de prestação de serviços poderão ficar desobrigadas do aviso prévio, indenização adicional e ter redução da indenização sobre FGTS, estabelecendo-se a transferência de contrato de prestação de serviços para outra empresa que, de sua vez, assumindo o contrato de prestação de serviços, está sujeita à garantia de emprego de 180 (cento e oitenta) dias ao empregado contratado<sup>376</sup>.

---

<sup>376</sup> **CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA - INCENTIVO À MANUTENÇÃO DO EMPREGO**

Considerando as peculiaridades da terceirização de serviço no segmento asseio e conservação, com fundamento na decisão proferida pela Seção Especializada em Dissídios Coletivos do TST (Processo nº ROAA-7.877-2002-000-04-00-0) e, ainda, visando a manutenção e continuidade do emprego, poderão as empresas que estão perdendo o contrato de prestação de serviço ficar desobrigadas do pagamento do Aviso Prévio e suas respectivas projeções e do pagamento da indenização adicional prevista no artigo 9º das Leis 7.238/84 e 6.708/79, obrigando-se, entretanto a pagar as demais verbas rescisórias, sendo que a multa fundiária (artigo 9º Decreto 99.684/90), será calculada no percentual de 20% do FGTS devido ao empregado pelas empresas, desde que observados os requisitos abaixo na seguinte ordem:

a) as empresas envolvidas na transferência do contrato de prestação de serviço estejam rigorosamente em dia com suas obrigações sindicais e trabalhistas e apresentem todos os seguintes documentos:

I. recolhimento da Contribuição Sindical (profissional e econômica);

II. Certidão de Regularidade para com o FGTS, INSS e Município;

III. recolhimento das importâncias correspondentes à Contribuição Assistencial Patronal (Cláusula 20 da CCT);

IV. Certidões negativas de débitos salariais e ilícitos trabalhistas;

V. apresentação mensal das guias GPS, de acordo com o artigo 225, inciso “V”, do Decreto 3.048/99;

VI. comprovante de entrega da RAIS.

b) o Empregado manifeste através de Termo Individualizado a concordância com a transferência e renúncia dos atributos trabalhistas mencionados no *caput* desta Cláusula;

c) as Entidades Sindicais, Profissional e Patronal, signatárias desta CCT, manifestem-se expressamente favorável à utilização dos benefícios pelas empresas.

O enfoque dado sugere a continuidade do contrato de trabalho e inova a regra tradicional dos limites subjetivos dos contratos, expresso há longo tempo como *res inter alios acta neque nocet neque potest*. A respeito, e em face do direito português, Costa<sup>377</sup> entende que se constitui em uma cessão da posição contratual do empregador que, a despeito da natureza *intuitu personae* do contrato de trabalho, pode ser aplicada porque assegura a manutenção da relação laboral e a posição jurídica do trabalhador. Na jurisprudência trabalhista, representada no Tribunal Superior do Trabalho, o entendimento acerca da validade da cláusula de dispensa ou redução de verbas trabalhistas relacionadas à rescisão é objeto de dissensão de entendimentos<sup>378</sup>. Lembra-se a informação anterior de existência, no Projeto de Lei 4330/04, de previsão similar.

Em outra linha, pautada pela direta atribuição de direitos sociais aos terceirizados, aponta-se a CONVENÇÃO COLETIVA 2011/2012 celebrada entre Sindicato dos Empregados do Comércio de Mossoró e Médio Oeste do Rio Grande do Norte; e Sindicato do Comércio Varejista de Mossoró, Sindicato do Comércio Varejista no Estado do Rio Grande do Norte, Sindicato do Comércio Atacadista do Rio Grande do Norte e a Federação

**PARÁGRAFO PRIMEIRO** – Preenchidos os requisitos descritos nas alíneas retro-mencionadas as empresas envolvidas na transferência de contrato de prestação de serviços assumem imediatamente as seguintes obrigações:

a) a empresa que está perdendo o contrato de prestação de serviço fica obrigada a dispensar o empregado sem justa causa e apresentar, na data da rescisão do contrato de trabalho, os documentos mencionados nas alíneas “b” e “c” do caput desta cláusula;

b) a empresa que está assumindo o contrato de prestação de serviço fica obrigada a conceder garantia de emprego de 180 (cento e oitenta) dias ao empregado contratado, ficando vedada, portanto, a celebração de contrato de trabalho a título de experiência, podendo ocorrer dispensa do empregado somente na hipótese comprovada de exigência do tomador de serviços, apresentada por escrito no ato da homologação da rescisão do contrato de trabalho e com cópia para o empregado, ou por cometimento de falta grave;

c) a Empresa que está assumindo o contrato de prestação de serviço fica obrigada a manter os níveis salariais das funções contratadas, pagando os mesmos salários e demais benefícios praticados pela empresa que está perdendo o contrato de prestação de serviço, tais como: vale-transporte, cesta-básica, ticket refeição, vale-alimentação, salário-utilidade, etc.

**PARÁGRAFO SEGUNDO** - A manifestação a que se refere a alínea “b” do *caput* desta Cláusula, da qual deverão participar obrigatoriamente ambas as Entidades Sindicais convenientes (Patronal e Profissional), deverá ser obtida a cada transferência de contrato de prestação de serviço e em até 10 (dez) dias da data que antecede a rescisão do contrato de trabalho dos empregados envolvidos.

**PARÁGRAFO TERCEIRO** - Não preenchidos os requisitos do *caput* desta Cláusula a empresa que está perdendo o contrato de prestação de serviço fica obrigada, em caso de dispensa do empregado, a pagar a integralidade das verbas rescisórias devidas em decorrência da rescisão sem justa causa, inclusive Aviso Prévio e 40% do FGTS, ou conceder ao empregado estabilidade de 180 (cento e oitenta) dias no emprego, podendo, neste último caso, optar pelo pagamento integral correspondente ao período de estabilidade.

<sup>377</sup> COSTA, Ana Isabel Lamendo. *Descentralização produtiva, redes de cooperação empresarial e negociação colectiva. Reflexões a partir da experiência portuguesa*, pp. 170-171.

In:[http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/83241/1/DDTTS\\_CostaAI\\_Decentra%C3%A7ao.pdf](http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/83241/1/DDTTS_CostaAI_Decentra%C3%A7ao.pdf). Acesso em 18-08-2011 às 20:31 h.

<sup>378</sup> Entendendo inaplicável a cláusula, por não haver o suporte fático dos arts. 482 e 483, CLT, o TST, 3ª Turma decidiu no RR-65340-92-2007.5.10.0016, Min. Rosa Maria Weber; em sentido contrário, e com fundamento em que deve ser privilegiada a prerrogativa dos atores coletivos de celebrarem acordos e convenções coletivas de trabalho, foi dada aplicação à cláusula, no RR-356800-80.2008.5.09.0660, 8ª Turma, Min. Maria Cristina Peduzzi. In [www.tst.gov.br](http://www.tst.gov.br). Acesso em 14-09-2011, às 14:36 h.



do Comércio de Bens, Serviços e Turismo do Rio Grande do Norte<sup>379</sup>, cuja cláusula 8 (oito) trata expressamente de terceirização, estipulando:

“As empresas no Comércio de Mossoró e Médio Oeste do Rio Grande do Norte que vierem a terceirizar os seus serviços, obrigam-se a constar nos contratos assinados com as terceirizadas cláusula que assegure aos empregados das contratadas as mesmas condições estabelecidas pelos Acordos e Convenções Coletivas de Trabalho celebrados entre as Categorias Econômica e Profissional do Comércio, desde que os empregados da empresa contratada não estejam organizados em categoria profissional específica.”<sup>380</sup>

Em outras categorias, a terceirização está subjacente, como se observa na Convenção Coletiva de Trabalho 2010/2012 entre o Sindicato dos Trabalhadores em Bares e em Atividades Similares e Conexas no Estado do Rio Grande do Norte e Sindicato de Hotéis, Restaurantes, Bares e Similares do Estado do Rio Grande do Norte, e CNTUR, Confederação Nacional de Turismo, que abrange as Empresas fornecedoras de alimentação a empresas aeroviárias, marítimas e empreiteiras e empresas de alimentação, pois nela há previsão salarial específica para os empregados das empresas que produzem alimentação industrial; para os empregados das empresas fornecedoras de alimentação que prestam serviços no mar ou em atividades de exploração, perfuração ou produção de petróleo e para os empregados das empresas fornecedoras de alimentação para empresas aeroviárias, conforme cláusulas quinta e sexta.

O enfoque se repete na convenção entre Sindicato dos Empregados do Comércio Hoteleiro e Similares do Estado do Rio Grande do Norte, e CNTUR Confederação Nacional de Turismo, e Sindicato de Hotéis, Restaurantes, Bares e Similares do Estado do Rio Grande do Norte para o período 2010-2011<sup>381</sup> cujas cláusulas quinta e sexta tratam respectivamente do salário do trabalhador marítimo e de empreiteiras e do salário nas empresas fornecedoras de alimentação para empresas aeroviárias.

Ora, o contrato de fornecimento de alimentação é celebrado para excluir a realização desse serviços pela empresa que fornece alimentos aos seus empregados e foi uma das primeiras fórmulas de exteriorização, sob a feição de atividade-meio.

Particularidade de monta é encontrada na regulação coletiva para a atividade da tecnologia da informação. Nela, instaura-se a divisão do trabalho por meio de celebração de Convenção Coletiva para terceirizadas, as prestadoras de serviços de mão de obra terceirizadas, na qual são partes o Sindicato dos Trabalhadores em Empresas e Órgãos

---

<sup>379</sup> [www.sindivarejomossoro.com.br](http://www.sindivarejomossoro.com.br)

<sup>380</sup> In [www.sindivarejomossoro.com.br](http://www.sindivarejomossoro.com.br). Acesso em 14-09-2011 às 10:04 h.

<sup>381</sup> [www.sindicatodehoteisrn.com.br](http://www.sindicatodehoteisrn.com.br). Acesso em 14/09/2011 às 10:34 h.

Públicos de Processamento de Dados e Serviços de Informática e Similares (SINDPD) no RN e o Sindicato Patronal das Empresas Prestadoras de Serviços (SINDPREST)<sup>382</sup>; e uma convenção coletiva entre Sindicato dos Trabalhadores em Empresas e Órgãos Públicos de Processamento de Dados e Serviços de Informática e Similares (SINDPD) no RN e Federação Nacional das Empresas de Serviços de Tecnologia da Informação e Similares com abrangência às empresas de processamento de dados e tecnologia da informação, que não mantenham contratos de prestação de serviços, de mão de obra ou de terceirização, relacionados à categoria. Em ambas as convenções<sup>383</sup>, atua o mesmo sindicato profissional, operando a distinção entre trabalhadores e a busca de construção de categorias diferentes, e ainda sobressai a circunstância de que, para os terceirizados, é atribuído um salário ligeiramente maior do que o dos empregados das empresas, sinalizando, de forma sutil, um estímulo à aceitação, pelos trabalhadores, do trabalho precário e terceirizado.

A prática coletiva, que se verifica dessas normas oriundas de convenções coletivas, mostra que as categorias vêm, em diferentes graus, procurando regulamentar o trabalho terceirizado. Esse procedimento privilegia o Direito Flexível do Trabalho, mediante a regulamentação do contrato de trabalho pela contratação das partes, no propalado paradigma da força do negociado, em substituição à proteção do Estado expressa em legislação; por outro lado, reforça a tendência de fragilização dos atores coletivos, pois as especificidades que envolvem o trabalho terceirizado, com a pulverização dos trabalhadores em tempo e lugar, em meio ao trabalho precário por sua curta duração e à alteração de empregadores, são niveladas sob um padrão mínimo.

### **6.6.3 O enfoque judicial sobre a definição de terceirização em normas coletivas**

A terceirização, como construção de procedimentos e regulação de relações de trabalho pelos atores sociais também foi tratada, em julgamento de dissídios coletivos, pelo Judiciário. Nesse sentido, colige-se o entendimento expresso pelo Tribunal Superior do Trabalho, em acórdão proferido no julgamento do RO-2028000-19.2008.5.02.0000, entre Federação das Indústrias do Estado de São Paulo - FIESP E Outros, Federação dos Trabalhadores nas Indústrias Metalúrgicas, Mecânicas e de Material Elétrico do Estado de São Paulo e Outros e Sindicato da Micro e Pequena Indústria do Tipo Artesanal do Estado de São Paulo - SIMPI e Sindicato de Remanufaturamento, Recondicionamento e/ou Retífica de Motores e Seus Agregados e Periféricos do Estado de São Paulo –

---

<sup>382</sup> Esta CCT tem a vigência de sete meses, até 31 de dezembro de 2011 por força de Termo de Ajuste de Conduta-TAC n 2035/2011 – MPT 21.

<sup>383</sup> [www.sindpd.org.br](http://www.sindpd.org.br). Acesso em 14/09/2011 às 10:50 h.

SINDIMOTOR<sup>384</sup>, em dissídio coletivo econômico correspondente ao período 2008/2009. Nele, foi enfrentada a pretensão sindical de cláusula vedante de terceirização na atividade-fim, o que é relevante dentro de um exame da terceirização segundo as normas instituídas pelas categorias, ou em sentenças normativas, uma vez que enfoca os limites da terceirização, que é um dos seus aspectos mais polêmicos.

O debate incidiu sobre a instituição de cláusula versando o alcance da terceirização. O Sindicato profissional propôs a redação:

**CLÁUSULA 115- TERCEIRIZAÇÃO**

A atividade fim da empresa não poderá ser objeto de terceirização, ficando, portanto, terminantemente proibida esta modalidade de contratação, ressalvando as atividades consideradas pela legislação vigente como atividade meio, desde que previamente negociado diretamente com os sindicatos profissionais da categoria aqui convencionada, ressaltando a responsabilidade subsidiária da tomadora conforme Súmula nº 331 do TST.

O TST concedeu a cláusula com a seguinte redação:

“A atividade fim da empresa não poderá ser objeto de terceirização, ficando, portanto, terminantemente proibida esta modalidade de contratação, ressalvando as atividades consideradas pela legislação vigente como atividade meio, ressaltando a responsabilidade subsidiária da tomadora conforme Súmula nº 331 do TST”.

O fundamento adotado consistiu no destaque à natureza do Direito do Trabalho como restritivo do poder diretivo das empresas, e à inexistência de lei geral sobre terceirização, .

A decisão teve como ponto de partida a pretensão do sindicato à delimitação da terceirização com seu descabimento na atividade-fim. Evidencia-se o consenso entre a visão sindical para construir as normas autônomas e o entendimento judicial expresso na Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, no sentido de limitar a terceirização, sem afastá-la do cenário das relações sociais de trabalho. Todavia, a negativa da possibilidade de o sindicato obreiro intervir, por meio da negociação, na introdução pela empresa do trabalho terceirizado, das atividades consideradas pela legislação vigente como atividade meio retirou um espaço de discussão importante pois a um tempo pautaria os limites da terceirização e fundaria relações democráticas na conflituosidade das relações de trabalho.

Até 1998, o TST, na Seção Especializada em Dissídio Coletivo, adotava o entendimento expresso no Precedente Normativo 35 quanto à proibição da locação de mão de obra<sup>385</sup>, deferindo cláusulas em que os Sindicatos profissionais postulavam a vedação no âmbito de sua atividade; no Processo MA-455213/1998-9, em 2 de junho de 1998 foi

<sup>384</sup> RO-202028000-19.2008.5.02.0000, Relator Ministro Maurício Godinho Delgado, julgamento em 13/06/2011.

<sup>385</sup> PN-35 – MÃO-DE-OBRA LOCADA (positivo). Fica proibida a contratação de mão-de-obra locada, ressalvadas as hipóteses previstas nas Leis nºs 6.019/1974 e 7.102/1983.

cancelado o Precedente<sup>386</sup>, considerando a decisão da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal no RE-197911-9-PE, Relator Min. Octavio Galloti que afirmou o entendimento de que a amplitude do art. 114, § 2º da Constituição da República não pode ser vista como um poder irrestrito de legislar, estando sujeita às limitações decorrentes da impossibilidade de produzir normas ou condições contrárias à Constituição e da reserva específica de lei formal, e ainda que a decisão proferida pela Justiça do Trabalho, na resolução de dissídio coletivo, somente opera no vazio legislativo, como regra subsidiária ou supletiva subordinada à supremacia da lei<sup>387</sup>. Deu-se, assim uma alteração de profundo significado, pois, até então, a ausência de lei sobre a terceirização era interpretada como vedação ao procedimento.

A autonomia coletiva que foi acentuada diante da omissão legislativa existente leva ao estabelecimento de cláusulas pertinentes à disciplina da terceirização, mas sem atentar ou lhe dar o sentido de um caráter suplementar das normas gerais de Direito do Trabalho, isto é, de fazer sua configuração específica por meio de normas especiais. Limitadas pelo conceito de categoria e pela unicidade sindical, as normas coletivas não podem fornecer a disciplina jurídica da terceirização, porque elas não alcançam o fenômeno em toda a extensão de suas manifestações, das quais ficam aquém pois contemplam apenas a modalidade relativa àquela atividade. Ademais, há o enorme questionamento sobre o conceito de atividade-fim na qual deve permanecer a restrição à terceirização, em observância do preceito de que o trabalho não é mercadoria. Nas relações de produção em que ocorre a terceirização importa muito a fixação e atribuição de direitos sociais aos terceirizados, o que, ademais, decorre de que os direitos fundamentais se impõem à observância na relação entre particulares o que erige obstáculo à precarização dos direitos trabalhistas. A vedação a que a terceirização se estenda até ao trabalho correspondente ao cerne da atividade da empresa pode servir como a retomada de uma resistência ao avanço do capitalismo em detrimento dos direitos sociais, mas deve se aprofundar no resgate da plenitude desses direitos.

O Estado Democrático de Direito, para a observância dos fundamentos da República do Brasil, com os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, deve exercer sua função na esfera social e limitar o avanço do capitalismo que reconstrói o Estado Liberal sob a feição neoliberal. A terceirização é uma das mais antigas e constantes formas de o capital aumentar seus lucros, desfazendo-se de seus encargos, o que não condiz ao Direito do Trabalho e seu

---

<sup>386</sup> Processo n. TST-MA-455213/1998-9. *Revista LTr Legislação do Trabalho*. São Paulo, n. 62-07, jul.1998. p. 925.

<sup>387</sup> RE-197911-PE in [redir.stf.jus.br/paginadorpub](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub). Acesso em 03-11-2012, às 10:22 h.

patamar civilizatório<sup>388</sup>. Daí, converge-se para a afirmação incisiva de Monereo Perez<sup>389</sup> da premência de uma política pública de regulação trabalhista.

---

<sup>388</sup> Uso aqui a expressão de Maurício Godinho Delgado.

<sup>389</sup> MONEREO PÉREZ, José Luis. *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho flexible del Trabajo*. Valencia. Tirant lo blanch, 1996, p. 39

## CONCLUSÕES

O desenrolar das relações de trabalho e seu papel na estrutura das relações produtivas tem a marca de vicissitudes decorrentes da lógica capitalista que impulsiona a introdução de novos métodos e tecnologias voltados para o aumento de competitividade, de mercados e de lucros. A Revolução Industrial e o capitalismo, em suas sucessivas fases e crises, fizeram surgir as empresas e sindicatos como atores sociais. Tratava-se, desde o momento inicial, de um processo de mudança social que se refletiu em modificação da forma de trabalho.

Com o objetivo de melhoria da produtividade, foram criados modelos de apropriação e intensificação do trabalho, como o taylorismo, o fordismo e o toyotismo; esses modelos não são isolados e sucessivos, mas formas que se mesclam.

As crises e confrontos que ocorreram na luta de classes mostraram que o trabalho não poderia ser deixado ao livre jogo das relações produtivas. O choque dos interesses foi marcado pelo exercício do contrapoder associativo, pelos sindicatos dos trabalhadores e moldou o discurso social. Nesse embate, o Estado, inicialmente omissivo e seguidor da doutrina do *laissez faire*, foi compelido a assumir o papel de agente dos processos transformadores e passou a intervir na economia para a regulação e proteção do trabalho, com a concessão e reconhecimento de direitos aos trabalhadores, tornando-se o Estado de Bem-Estar Social.

O Direito do Trabalho e a classe trabalhadora se fortaleceram, alcançando conquistas sociais expressivas, em um cenário de pleno emprego. A crise dos anos 1970 modificou esse quadro, ao trazer a globalização, novos avanços tecnológicos e profundas mudanças no mercado de trabalho, com a intensificação do mercado financeiro. O Estado neoliberal surgiu, então, e se identificou com as necessidades do capital em crise em detrimento da correlação de forças entre as classes sociais e da proteção social.

A mudança de foco do capitalismo, provocada por mais uma crise cíclica, afetou os modos de produção e a relação de trabalho. O Direito do Trabalho Clássico é desafiado pelo Direito do Trabalho Flexível e suas novas formas de trabalho e contratação, enquanto as estruturas de representação e de negociação são alteradas encobrendo o capital como interlocutor. O Estado se ausenta de seu papel interventivo e se difunde e propugna a desregulamentação ou flexibilização do Direito do Trabalho.

A terceirização se inclui nessa reviravolta do modo de produção, que opôs ao modelo fordista um novo modelo, o toyotismo. Sem a substituição do modelo anterior, houve uma conjugação de ambos, segundo diferentes modalidades, o que implicou uma dualidade nas relações de trabalho e perda dos direitos sociais do trabalhador. A esse modelo e sua visão

desvalorizadora do trabalho, o Estado Social de Direito aderiu, desconstruindo-se e ingressando na corrente liderada pelo Mercado que sustentava que o retorno do trabalho somente ocorreria mediante o crescimento das empresas, em um cenário de ampla liberdade contratual e intensificação da acumulação do capital. O discurso da globalização é uma manifestação da ideologia neoliberal que privilegia o capitalismo e formula o conceito do Estado mínimo abdicante de sua atuação social e que é entregue à autonomia privada, individual ou coletiva.

A constitucionalização dos direitos sociais representa um compromisso democrático do Estado com a pessoa humana, na expressão das relações sociais de produção. O Estado brasileiro, fundamentado na Constituição da República de 1988, tem como centro irradiante o valor da dignidade da pessoa humana, cuja observância exige medidas estatais para a inserção social e econômica dos trabalhadores em um sistema capitalista. Daí dimanam as garantias nas relações laborais, sob a égide da proteção dos direitos fundamentais sociais, com o reconhecimento da impossibilidade de sua redução ou destruição e, por meio da vinculação desses direitos aos particulares das relações privadas. A totalidade das relações sociais deve se direcionar e expressar uma convergência com a dignidade da pessoa humana.

Esse valor constitui princípio e fundamento importante para a compreensão e aplicação do Direito do Trabalho, cujo centro é o contrato de trabalho, caracterizado pela existência da subordinação jurídica, cujo conteúdo e caracterização se distende para alcançar os novos arranjos econômicos. Sob esses parâmetros deve ser conformada a proteção dos direitos fundamentais pelo Estado, estendendo-se para se aplicar em face do legislador e dos particulares. A noção alcança ao contrato de trabalho a observância dos direitos trabalhistas e impede sua violação pela atuação das empresas, o que se destaca no caso de subcontratações, em que a atividade do trabalhador, ao ser desenvolvida para um tomador de serviços, cinde o vínculo de subordinação entre a formalidade e a realidade e fortalece o poder patronal e a dependência econômica.

O Direito do Trabalho é um direito civilizatório, pois tem como objetivo estabelecer na relação de produção a consciência da desigualdade material entre trabalhador e empresa e inculcar a necessidade da promoção do equilíbrio e harmonia entre esses dois polos, por meio das normas jurídicas. Esse sentido, afirmado no Direito do Trabalho Clássico, sofreu um desvio na terceira fase do capitalismo, com a formulação de um Direito do Trabalho Flexível que atende ao neoliberalismo. As mudanças no mundo do trabalho implicam, sob esse novo padrão, modelos atípicos de contrato de trabalho, reconstrução de formas de trabalho e de

contratos de Direito Civil e revisão do trabalho para outrem proscrito no marchandage para assumir a feição da terceirização.

A flexibilização laboral dá suporte ao trabalho precário e à terceirização, como modelos atípicos nas relações laborais em que se aprofunda o distanciamento entre o trabalhador e o produto de seu trabalho.

No Brasil, a descentralização foi o fundamento administrativo de adoção desse modelo, na década de 1960, sem que fossem estabelecidas regras jurídicas a respeito, pois o legislador se omitiu de fazer sua disciplina. Daí, a terceirização passou ao âmbito privado, com sua adoção pelas empresas favorecidas por indicativos legais que possibilitaram sua introdução. Nessa esfera, a terceirização começou por um viés político, ao ser destinada a suprir a carência do Estado na realização da segurança bancária, e, logo depois, se estendeu com a previsão das empresas de trabalho temporário, e prosseguiu no alargamento de suas esferas de dominação por meios dos seus sentidos político, social e econômico.

Não se cuidou de regulamentar, juridicamente, a relação terceirizada, que se forma pela mescla de contratos, civil e trabalhista, cuja composição heterogênea representa o paradoxo do uno e do múltiplo, com recíprocas interferências. Os princípios da eticidade e da socialidade que marcam o novo Código Civil, e são valores no Direito do Trabalho não suplantam o particularismo da relação trabalhista, decorrente da desigualdade material entre os contratantes. Essa desigualdade se aprofunda na terceirização, com a dualidade de regimes para os trabalhadores, a complexidade advinda das diferentes situações e as particularidades que expressam.

O Tribunal Superior do Trabalho buscou preencher o vácuo existente, ao editar a súmula 331, fazendo a revolução copernicana do seu anterior entendimento de que a contratação de empresas para a prestação de serviços era limitada à expressa previsão legal. Do enunciado 256, em que somente é permitido o que a lei autoriza, passou ao enunciado 331 de que é permitido o que a lei não veda. O sentido político dessa diretriz possibilitou que a terceirização obtivesse maior intensidade e extensão, pois afigurou-se a recepção do modelo pelo Direito do Trabalho.

Os desdobramentos da terceirização são amplos e muito fortes. Os atores das relações de produção tiveram seus papéis reduzidos e, muitas vezes, confundidos, pois as categorias profissionais perderam sua nitidez com a deslocalização do trabalho. O agravamento do quadro se dá com a perda de importância dos sindicatos nas relações laborais decorrentes da terceirização resultando em um deslocamento do foco da atuação dos entes coletivos para a manutenção dos empregos, em detrimento da interferência na organização do trabalho e na



obtenção de situação de vantagem para os trabalhadores. Nesse quadro incerto e instável, a terceirização foi considerada um modelo inexorável da relação de produção e os sindicatos dividiram-se entre postular a limitação ou regramento conjunto de uma implementação pelas empresas ou assumir o papel de estabelecer os efeitos do fenômeno, quanto aos direitos sociais trabalhistas. Procurava-se encontrar a definição jurídica da terceirização, por meio de normas coletivas. Todavia, o sistema brasileiro trabalhista clássico, forjado na visão da empresa fordista, foi a um tempo de forte regulamentação trabalhista e de contenção do movimento sindical; a inexistência de uma tradição de atividade sindical regulamentadora obstaculiza que a terceirização seja regulamentada por esse meio.

Entre duas formas, foi promovida a juridicização da terceirização: o ativismo judicial, com a edição da Súmula 331, pelo Tribunal Superior do Trabalho; as normas autônomas elaboradas pelas categorias. Ambas as formas repercutem a lógica capitalista da produção, pois está subjacente a legitimação do procedimento, apesar da ofensa que ele comete ao princípio da ordem econômica da valorização do trabalho humano e à proteção social, configurada pelos direitos sociotrabalhistas. Os sindicatos, no embate entre empresas e trabalhadores, terminam por adotar o Direito Flexível do Trabalho, ao regulamentarem a terceirização.

Ao Estado Democrático de Direito, nos poderes públicos, cabe a promoção da igualdade social, o que, ante a precarização do trabalho e dilapidação dos direitos sociais, significa estabelecer limites ao capital e impor às empresas o cumprimento de sua função social.

A precarização do trabalho, que se dá na terceirização, convoca o individualismo do trabalhador, em sentido negativo, como produto do enfraquecimento ou da perda das regulações coletivas. É o *laissez faire* coletivo de que fala Monereo Perez. A falta de referências, no mundo, a propalada perda da centralidade do trabalho e a perda de um lugar no mundo do trabalho fazem com que o trabalhador não seja mais o sujeito de sua vida. Há uma indeterminação de seu papel, uma instabilidade de sua vida que se amplia em ausência de valores.

As transformações do mundo do trabalho e o movimento de individualização não são irreversíveis. O Estado estrategista deve enfrentar essas modificações e nelas intervir, para fazer retornar o indivíduo positivo no trabalhador e lhe devolver a identidade social. Da dignidade da pessoa humana e dos valores do trabalho e da justiça social, como fundamentos da República Federativa do Brasil, decorre o compromisso democrático de estabelecer o

equilíbrio das relações sociais, desfeito pela precarização, da qual a terceirização é uma das formas mais insidiosas.

O Estado tem o papel de regulador das relações sociais de produção, a ser exercido pela imposição às empresas do cumprimento de sua função integradora, como expressão da função social que lhes é prevista na ordem constitucional. O mercado não fornece elementos para a solidariedade ou para a ordem social, uma vez que segue a tendência de privilegiar o econômico em detrimento do social. O mercado tem promovido a exclusão social. Isso conspira contra os valores democráticos e a recusa do trabalho como mercadoria, e exige do Estado delimitar a atuação do capital, para contrapor, de sua parte, a inclusão social.

A precarização do trabalho, por meio da terceirização, se tornou um procedimento comum para o mercado, desde o momento mais recuado de sua adoção pelo Estado até o seu estabelecimento no âmbito das empresas; mais de quarenta anos passados, não houve a regulamentação dos direitos dos trabalhadores na terceirização. O tratamento judicial de fixação de hipóteses para que as empresas terceirizem serviços e setores e as normas coletivas de restrição do seu alcance ou de disciplina dos direitos aplicáveis a esses trabalhadores não tem a extensão e generalidade necessária para dar conta da multiplicidade de vínculos e arranjos que se forma no meio e assentar a distinção entre atividade-fim e atividade-meio, linha divisória entre a ilicitude e a licitude, conforme a jurisprudência. Essa desformalização vem a instaurar a insegurança do trabalhador e fortalecer o mercado na acumulação flexível. O fenômeno da terceirização sem regulamentação resulta na invisibilidade do trabalho.

Todavia, a terceirização não é a forma inexorável das relações de produção, mas tão somente a expressão de uma ideologia que tem o lucro como valor fundante. A sua implantação é feita mediante a relativização do valor social do trabalho e da função social da empresa e a promoção da desigualdade social, constituindo a negação do mandamento constitucional de uma ordem econômica que visa à justiça social. O Estado brasileiro construído como um Estado democrático de direito deve exercer seu papel de promoção do bem de todos que é afetada quando as relações de trabalho não fornecem àqueles que vivem do trabalho a proteção social. Para cumprimento de seus objetivos, deve ocorrer o tratamento jurídico da relação e dos contratos de trabalho terceirizados, mediante a plena aplicação, neles, dos direitos fundamentais sociais que integram o rol das conquistas da civilização do trabalho. Há, na Constituição da República de 1988, a prevalência das normas relativas aos direitos sociais, que figuram como as disposições iniciais do texto. Uma vez que o Estado Democrático de Direito garantiu, nas normas constitucionais, os direitos sociais e reconheceu à flexibilização apenas os espaços relativos à duração do trabalho e ao salário, tem o dever

negativo de não permitir que a flexibilização pela terceirização se instale e aprofunde em perda de direitos sociais.

A omissão do Estado em regulamentar os direitos dos trabalhadores terceirizados conspira contra o ideal republicano e a construção da sociedade justa e solidária afirmada como objetivo na Constituição da República.

## REFERÊNCIAS

- ABDALA, Vantuil. *Terceirização: atividade-fim e atividade-meio – responsabilidade subsidiária do tomador de serviço*. **Revista LTr Legislação do Trabalho**. São Paulo, n. 60-05, mai. 1996, p. 587-590.
- ABRANTES, José João. **Contrato de trabalho e Direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- AFONSO, Tulio Augusto Tayano. *Direitos Sociais e o princípio do não retrocesso*. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: RT, outubro-dezembro 2006, p. 238-252.
- ANDERSON, Perry. *Além do neoliberalismo*. IN: SADER, Emir. GENTILI, Pablo. (org.) **Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o estado democrático**. 4. ed., São Paulo: Paz e Terra, 1998.
- ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. **Direito do Trabalho e Pós-Modernidade**. Fundamentos para uma teoria geral. São Paulo: LTr, 2005.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares*. IN: SARLET, Ingo. (org.) *Constituição, Direitos fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 271-297.
- ANTOKOLETZ, Daniel. **Derecho del Trabajo y prevision social**. 2.ed., Buenos Aires. Kraft. s.d.
- ANTUNES, Ricardo. **Os sentidos do trabalho**. Ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. 2. ed., São Paulo: Boitempo, 2009.
- ARAÚJO, Eneida Melo Correia de. **As relações de trabalho**. Uma perspectiva democrática. São Paulo: LTr., 2003.
- ARENDT, Hanna. **A condição humana**. 10. ed. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana*. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Estudos e pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 3-24.
- BARBAGELATA, Héctor-Hugo. **O particularismo do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1996.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual* **Temas de Direito Processual**. Sexta Série. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. O Princípio da dignidade da pessoa humana. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BARROS, Alice Monteiro de. *A terceirização e a jurisprudência*. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: RT, nº 80, dezembro de 1992, p. 3-15.
- BARROSO, Fábio Tulio. *Internacionalização das Relações de Trabalho*. **Jornal Carta Forense**, maio de 2011, página A18 in [www.cartaforense.com.br](http://www.cartaforense.com.br).
- \_\_\_\_\_. **Manual de Direito Coletivo do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.
- \_\_\_\_\_. **Direito Flexível do Trabalho**. Abordagens Críticas. Recife: Universitária da UFPE, 2009.

\_\_\_\_\_. **Novo Contrato de Trabalho por Prazo Determinado**. 1ª edição, 2ª tiragem, Curitiba: Juruá, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. 9.ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

\_\_\_\_\_. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional do Brasil)*. IN: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. (coord.) **A constitucionalização do Direito**. Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 203-250.

\_\_\_\_\_. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. IN: BARROSO, Luiz Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BAUMAN, Zygmunt. **Vidas desperdiçadas**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

\_\_\_\_\_. **Globalização**. As consequências humanas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**. Influência do direito material sobre o direito processual. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. São Paulo: Malheiros, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. *O princípio da dignidade humana*. IN: BODIN DE MORAES, Maria Celina. (coord.) **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOLTANSKI, Luc. CHIAPELLO, Ève. **O novo espírito do capitalismo**. Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRASIL. Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966. Cria o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e dá outras providências. Disponível em: [http<www4.planalto.gov.br](http://www4.planalto.gov.br) acesso em 04/09/2011.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 200, de 15 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: [http<www4.planalto.gov.br](http://www4.planalto.gov.br) acesso em 17/06/2011.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 1034, de 21 de outubro de 1969. Dispõe sobre medidas de segurança para Instituições Bancárias, Caixas Econômicas e Cooperativas de Créditos e dá outras providências. Disponível em: [http<www4.planalto.gov.br](http://www4.planalto.gov.br). Acesso em 17/06/2011.

\_\_\_\_\_. Lei nº 5.645, de 10 de dezembro de 1970. Estabelece diretrizes para a classificação de cargos do Serviço Civil da União e das autarquias federais e dá outras providências. Disponível em: [http<www4.planalto.gov.br](http://www4.planalto.gov.br). Acesso em 17/06/2011.

\_\_\_\_\_. Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974. Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras providências. Disponível em: [http<www4.planalto.gov.br](http://www4.planalto.gov.br). Acesso em 17/06/2011.

\_\_\_\_\_. Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983. Dispõe sobre a segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para constituição e funcionamento das

empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores, e dá outras providências. Disponível em: [http<www4.planalto.gov.br](http://www4.planalto.gov.br). Acesso em 17/06/2011.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: [http<www4.planalto.gov.br](http://www4.planalto.gov.br). Acesso em 17/06/2011.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Disponível em: [http<www4.planalto.gov.br](http://www4.planalto.gov.br). Acesso em 17/06/2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2011.

\_\_\_\_\_. Lei n. 11.196, de 21 de novembro de 2005. Institui o Regime Especial de Tributação para a Plataforma de Exploração de Serviços de Tecnologia da Informação – REPEs, o Regime Especial de Aquisição de Bens de Capital para Empresas Exportadoras – RECAP e o Programa de Inclusão Digital; dispõe sobre incentivos fiscais para a inovação tecnológica; altera o Decreto-Lei nº 288, de 28 de fevereiro de 1967, o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, o Decreto-Lei nº 2.287, de 23 de julho de 1986, as Leis nºs 4.502, de 30 de novembro de 1964, 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.245, de 18 de outubro de 1991, 8.387, de 30 de dezembro de 1991, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.981, de 20 de janeiro de 1995, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, 9.989, de 24 de fevereiro de 1995, 9.249, de 26 de dezembro de 1995, 9.250, de 26 de dezembro de 1995, 9.311, de 24 de outubro de 1996, 9.317, de 5 de dezembro de 1996, 9.430, de 27 de dezembro de 1996, 9.718, de 27 de novembro de 1998, 10.336, de 19 de dezembro de 2001, 10.438, de 26 de abril de 2002, 10.485, de 3 de julho de 2002, 10.637, de 30 de dezembro de 2002, 10.755, de 3 de novembro de 2003, 10.833, de 29 de dezembro de 2003, 10.685, de 30 de abril de 2004, 10.925, de 23 de julho de 2004, 10.931, de 2 de agosto de 2004, 11.033, de 21 de dezembro de 2004, 11.051, de 29 de dezembro de 2004, 11.053, de 29 de dezembro de 2004, 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 11.128, de 28 de junho de 2005, e a Medida Provisória nº 2.199-14, de 24 de agosto de 2001; revoga a Lei nº 8.661, de 28 de junho de 2005, e dispositivos das Leis nºs 8.668, de 25 de junho de 1993, 8.981, de 20 de janeiro de 1995, 10.637, de 30 de dezembro de 2002, 10.755, de 3 de novembro de 2003, 10.865, de 30 de abril de 2004, 10.931, de 2 de agosto de 2004 e da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências disponível em: [http<www4.planalto.br/legislacao/legislacao](http://www4.planalto.br/legislacao/legislacao). Último acesso em 03/09/2011 às 6:56 h.

\_\_\_\_\_. Lei n. 11.909, de 4 de março de 2009. Dispõe sobre as atividades relativas ao transporte de gás natural, de que trata o art. 177 da Constituição Federal, bem como sobre as atividades de tratamento, processamento, estocagem, liquefação, regaseificação e comercialização de gás natural; altera a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997; e dá outras providências. Disponível em: [http<www.planalto.gov.br/legislacao/legislacao](http://www.planalto.gov.br/legislacao/legislacao). Último acesso em 06/10/2011 às 10:06 h.

\_\_\_\_\_. Lei n. 12.441, de 12 de julho de 2011. Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil) para permitir a constituição de empresa individual de responsabilidade limitada. Disponível em: [http<www.planalto.gov.br/legislacao/legislacao](http://www.planalto.gov.br/legislacao/legislacao). Último acesso em 03/09/2011 às 6:57 h.

\_\_\_\_\_. Ministério do Trabalho e Emprego. Portaria nº 550, de 12 de março de 2010. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/data/files>. Acesso em 25/09/2011 às 5:41 h.

\_\_\_\_\_. Ministério do Trabalho e Emprego. Portaria nº 574, de 22 de novembro de 2007. Disponível em: [www.normaslegais.com.br/legislacao/portariamte574\\_2007.htm](http://www.normaslegais.com.br/legislacao/portariamte574_2007.htm). Acesso em 25/09/2011 às 6:10 h.

\_\_\_\_\_. Medida Provisória 2.164-41, de 24 de agosto de 2001. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho-CLT, para dispor sobre o trabalho a tempo parcial, a suspensão do contrato de trabalho e o programa de qualificação profissional, modifica as Leis nº 4.923, de 23 de dezembro de 1965, 5.889, de 8 de junho de 1973, 6.321, de 14 de abril de 1976, 6.494, de 7 de dezembro de 1977, 7.998, de 11 de janeiro de 1990, 8.036, de 11 de maio de 1990 e 9.601, de 21 de janeiro de 1998 e dá outras providências. Disponível em [www4.planalto.gov.br/legislacao](http://www4.planalto.gov.br/legislacao). Acesso em 09/10/2011 às 18:46 h.

\_\_\_\_\_. PL-4330/04. Disponível em [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao+359983](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao+359983). Acesso em 18/10/2011 às 16:16 h.

\_\_\_\_\_. PL-1621/2007. Disponível em [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao+359983](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao+359983). Acesso em 18/10/2011 às 16:36 h.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Brian. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CASTEL, Robert. **As metamorfoses da questão social**. Uma crônica do salário. Tradução de Iraci D. Poleti. 2.ed., Petrópolis:Vozes, 1999.

CATHARINO, José Martins. **Neoliberalismo e sequela**. São Paulo: LTr, 1997.

CAVALCANTE DA SILVA, Geocarlos Augusto. *Democracia e Ativismo Judicial*. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 12, nº 46, abril-junho-2011.

CAVALCANTI, Lygia Maria de Godoy Batista. **A flexibilização do Direito do Trabalho no Brasil**. Desregulação ou Regulação Anética do Mercado? São Paulo: LTr, 2008.

\_\_\_\_\_. *A dignidade da pessoa humana como norma principiológica de aplicação do Direito do Trabalho*. In: SILVA, Alessandro da; SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; FELIPPE, Kenarik Boujikian e SEMER, Marcelo. (coord.) **Direitos Humanos: essência do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2007.

CHAVES, Luciano Athayde. **Trabalho, Tecnologia e Ação Sindical. A condição bancária no panorama da acumulação flexível**. São Paulo: Annablume, 2005.

CITTADINO, Gisele. *Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia*. In [http://revistaalceu.com.puc-rio.br/media/alceu\\_n9](http://revistaalceu.com.puc-rio.br/media/alceu_n9). Acesso em 29/11/2011 às 21:35 h.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Interpretação dos direitos fundamentais sociais, solidariedade e consciência de classe*. IN: CANOTILHO, J.J. Gomes. CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. (coord.) **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 111-172.

COUTINHO, Grijalbo Fernandes. **Terceirização Bancária no Brasil**. Direitos Humanos violados pelo Banco Central. São Paulo: LTr, 2011.

DALAZEN, João Oreste. *Discurso de abertura da audiência pública sobre terceirização*. Disponível em: [http://ext02.tst.jus.br/pls/no01/NO\\_NOTICIASNOVO](http://ext02.tst.jus.br/pls/no01/NO_NOTICIASNOVO). Acesso em 11/10/2011, às 12:32 h.

DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2001.

\_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais na relação de trabalho*. **Revista LTr Legislação do Trabalho**. São Paulo, n. 70-06, jun.2006, p. 657-667.

\_\_\_\_\_. *Capitalismo, Trabalho e Emprego*. São Paulo: LTr, 2006.

DIEESE. **Relatório Técnico**. O processo de terceirização e seus efeitos sobre os trabalhadores no Brasil. Disponível em: [www.dieese.org.br/projetos/MTE/SAAC/METAII/terceirizacao](http://www.dieese.org.br/projetos/MTE/SAAC/METAII/terceirizacao). Acesso em 20/10/2011, às 21:45 h.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DRUCK, Graça; FRANCO, Tânia. *Terceirização: a erosão dos direitos dos trabalhadores na França e no Brasil*. IN: DRUCK, Graça; FRANCO, Tânia. (orgs.) **A perda da razão social do trabalho**. Terceirização e precarização. São Paulo: Boitempo, 2007, p.97-118.

DRUCK, Graça; THÉBAUD-MONY, Annie. *Terceirização: a erosão dos direitos dos trabalhadores na França e no Brasil*. IN: DRUCK, Graça; FRANCO, Tânia. (orgs.) **A perda da razão social do trabalho**. Terceirização e precarização. São Paulo: Boitempo, 2007, p.23-68.

DUFOUR, Dany-Robert. **A arte de reduzir as cabeças: sobre a nova servidão na sociedade ultraliberal**. Tradução de Sandra Regina Filgueiras. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2005.

GIDDENS, Anthony. **As Consequências da Modernidade**. Tradução de Fernando Luiz Machado e Maria Manuela Rocha. Oeiras: Celta, 1996.

GORZ, André. **Misérias do presente, riqueza do possível**. Tradução de Ana Montoia. São Paulo: Annablume, 2004.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. 11 ed. Rio de Janeiro: DP & A, 2006.

HARDT, Michael. NEGRI, Antonio. **Multidão**. Guerra e democracia na era do Império. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2005.

HARVEY, David. **Condição Pós-Moderna**. Uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural. Tradução de Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. 18. ed., São Paulo:Loyola, 2009.

HOBBSAWM, Eric J. **Os Trabalhadores**. Estudos sobre a História do Operariado. Tradução de Marina Leão Teixeira e Viriato de Medeiros. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

\_\_\_\_\_. **Era dos extremos**. O breve século XX – 1914-1991. Tradução de Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

LAGE, Livia Regina Savergnini Bissoli. *O novo papel do Judiciário e a teoria da separação dos poderes: judicialização de direitos?* **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 35, nº 184, junho-2010, p. 163-194.



MANRICH, Nelson. *Apontamentos sobre o contrato individual de trabalho*. IN: BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; CASTILHO PEREIRA, José Luciano de Castilho; FAVA, Marcos Neves. (org.) **O direito material e processual do trabalho dos novos tempos**. Estudos em homenagem ao Professor Estevão Mallet. São Paulo: LTr, 2009, p. 455-481.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas – análise da jurisprudência da Corte Constitucional alemã*. MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos constitucionais e controle de constitucionalidade**. Estudos de Direito Constitucional. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 114-130.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. Direitos Fundamentais. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2008.

MONEREO PÉREZ, José Luis. **Introducción al nuevo Derecho del Trabajo**. Una reflexión crítica sobre el Derecho flexible del Trabajo. Valencia. Tirant lo blanch, 1996.

NEVES DELGADO, Gabriela. **Terceirização**. Paradoxo do Direito do Trabalho Contemporâneo. São Paulo: LTr, 2003.

\_\_\_\_\_. **Direito Fundamental ao Trabalho Digno**. São Paulo: LTr, Fevereiro, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. *Os direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares*. IN: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. (coord.) **A constitucionalização do direito**. Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 355-388.

OLIVEIRA, Christiana d'Arc Damasceno. **(O) direito do trabalho contemporâneo**. São Paulo: LTr, 2010.

PALMEIRA SOBRINHO, Zéu. **Terceirização e reestruturação produtiva**. São Paulo: LTr, 2008.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho**, 2 ed., Madrid: Dykinson, 2003.

PEDREIRA SILVA, Luiz de Pinho. **Principiologia do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1997.

PINTO MARTINS, Sérgio. **A Terceirização e o Direito do Trabalho**. 11. ed., São Paulo: Atlas, 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11. ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

POCHMANN, Márcio. *Terceirização: questões a responder*. **Jornal Valor Econômico**, 10 de novembro de 2011, página A15.

POLANYI, Karl. **A grande transformação**. As origens de nossa época. Tradução de Fanny Wrobel. 2. ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. Disponível em: [www.portugal.gov.pt](http://www.portugal.gov.pt). Acesso em 14/07/2011.

PROSCURCIN, Pedro. **Compêndio de direito do trabalho: introdução às relações de trabalho em transição à nova era tecnológica**. São Paulo: LTr, 2007.

\_\_\_\_\_. **Do contrato de trabalho ao contrato de atividade**. Nova forma de regulação das atividades do mercado de trabalho. São Paulo: LTr, 2003.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade humana e Moralidade democrática**.

Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Direito do Trabalho**. Parte I – Dogmática geral. Coimbra: Almedina, 2005.

RICCA, Sérgio. *Le comportement de l'Etat face au travail précaire*. IN: Rodgers, Gerry et Janine. (dir.) **Les emplois précaires dans la regulation du marche du travail**. La croissance du travail atypique em Europe de l'Ouest. Gêneve: Université libre de Bruxelles, 1990, p.257-264.

RIFKIN, Jeremy. **O fim dos empregos**. Tradução de Ruth Gabriela Bahr. São Paulo: Makron Books, 1995.

RIVERO, Jean; SAVATIER, Jean. **Droit du Travail**. 6.ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1975.

RODRIGUES PINTO, José Augusto. *Por que ter medo da terceirização brasileira?* **Revista LTr Legislação do Trabalho**. São Paulo, n. 75-11, nov.2011, p. 1304-1311.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, USP, 1978.

ROMITA, Arion Sayão. *Os Princípios do Direito do Trabalho ante a realidade*. **Revista LTr Legislação do Trabalho**. São Paulo, n. 74-09, setembro 2010, p. 1038-1046.

\_\_\_\_\_. **Direitos Fundamentais nas relações de Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

\_\_\_\_\_. *O conceito de categoria*. IN: FRANCO FILHO, Georgenor de Souza. (coord). **Curso de Direito Coletivo do Trabalho**- Estudos em homenagem ao Ministro Orlando Teixeira da Costa. São Paulo: LTr, 1998.

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

RUPRECHT, Alfredo J. **Os princípios do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1995.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Fraudes nas relações de trabalho: morfologia e transcendência*. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**. n. 36, 2010, p. 165-189.

SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. *As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível*. IN: SARLET, Ingo Wolfgang. (org.) **Dimensões da dignidade**. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 15-43.

\_\_\_\_\_. *Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano*. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho** . Porto Alegre: Magister. vol.75-nº 3, jul/set 2009, p.116-149.

\_\_\_\_\_. *Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição do retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais*. IN: CANOTILHO, J.J.Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. CORREIA, Érica Paula Barcha. (coord.) **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil. Riscos e possibilidades*. IN: SARMENTO, Daniel. (coord.) **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009.

\_\_\_\_\_. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SENNET, Richard. **A corrosão do caráter**. Consequências pessoais do trabalho no novo capitalismo. Tradução de Marcos Santarrita. Rio de Janeiro: Record, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SIQUEIRA NETO, José Francisco. **Contrato Coletivo de Trabalho**. Perspectiva de rompimento com a legalidade repressiva. São Paulo: LTr, 1991.

SOARES FILHO, José. **Elementos de Direito Coletivo do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2011.

SORJ, Bernardo. **A nova sociedade brasileira**, 3. ed., Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Carta aberta aos 'terceirizados' e à comunidade jurídica*. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região** vol. 44, n. 86, jan/jun/2011.

STARCK, Christian. **Jurisdición Constitucional y Derechos fundamentales**. Madrid: Dykinson., s.d.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

STEINMETZ, Wilson, *Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais*, IN: SILVA, Virgílio Afonso. (org.) **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, 11-53.

SUPIOT, Alain. **Au delà de l'emploi**. Transformations du travail et devenir du droit du travail em Europe. Paris: Flamarion, 1999.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INFORMATIVO STF – 632. In [www.stf.jus.br/portal/informativo/verInformativo](http://www.stf.jus.br/portal/informativo/verInformativo) em 15/07/2011, 15:06hs INFORMATIVO STF – 51. In [www.stf.jus.br/portal/informativo/verInformativo](http://www.stf.jus.br/portal/informativo/verInformativo). Acesso em 17/07/2011, 16:43h.

RE –201.819-8, Rel. Ministro Gilmar Mendes. In [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 15/07/2011, às 16:06h.

RE-197911-PE, Rel. Ministro Octavio Gallotti. In [redir.stf.jus.br/paginadorpub](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub). Acesso em 03/11/2012, às 10:22h.

TAUCEDA BRANCO, Ana Paula. *O ativismo judiciário negativo investigado em Súmulas editadas pelo Tribunal Superior do Trabalho*, in [www.amatra17.org.br](http://www.amatra17.org.br). Acesso em 28/11/2011, às 21:47 h.

TEIXEIRA, Sérgio Torres. BARROSO, Fábio Tulio. *Os princípios do Direito do Trabalho diante da flexibilidade laboral*. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho** . Porto Alegre: Magister. vol. 75-nº 3, jul/set 2009, p. 57-69.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. TST-MA-455213/1998-9. **Revista LTr Legislação do Trabalho**. São Paulo, n. 62-07, jul.1998, p. 925.

\_\_\_\_\_. RR-568200-61.2008.5.12.0034. 6ª Turma. Relator Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, in [www.aplicação5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroteor](http://www.aplicação5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroteor). Acesso em 09/01/2012 às 17:13 h.

\_\_\_\_\_ AIRR-1282-91.201.5.03.0009. 7ª Turma. Relator Ministro Ives Gandra Martins Filho in [www.aplicação5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroteor](http://www.aplicação5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroteor). Acesso em 09/01/2012 às 17:16 h.

UBILLOS, Juan María Bilbao. *En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* IN: SARLET, Ingo Wolfgang. (org.) **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 299-338.

URIARTE, Oscar Ermida. **A flexibilidade**. São Paulo: LTr, 2002.

VALE, André Rufino do. *Constituição e Direito Privado: Algumas considerações sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. in <http://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:BXXCs4Xi2vUJ:www.direitopublico.edp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/468/438+nipperdey>. Acesso em 17/07/2011, às 14:47 h.